Münster.1928,№ 12 Jur. Diss.

Die „Heilung“ formungültiger Grundstücksveräußerungsgeschäfte durch Auflassung und Eintragung als Bestätigung

Inaugural-Dissertation
zur
Erlangung der rechtswissenschaftlichen Doktorwürde
einer
Hohen Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät
der Westfälischen Wilhelms-Universität zu Münster i. W.

vorgelegt von
Albert Kramer
Gerichtsreferendar
aus Velbert

Münster i. Westf. 1928
Druck der Aschendorffschen Buchdruckerei

Referent: Herr Geheimrat Prof. Dr. Krückmann
Korreferent: Herr Prof. Dr. Jacobi

Inhaltsübersicht.

§ 1. Einleitung, Bedeutung des Themas 1

Erster Teil:

Grundlegung.

§ 2. Die gesetzgeberischen Zwecke des § 313 BGB 2
§ 3. Die rechtliche Natur des formlosen Grundstücksveräußerungsvertrages 5
§ 4. Kritik der Versuche, das Wesen des formlosen Grundstücksveräußerungsvertrages von der „Heilung" aus zu erfassen 10
§ 5. Die Theorie der „einseitigen" Bestätigung 17

Zweiter Teil:

Ausführung.

§ 6. Die „Heilung" nach § 313 Satz 2 als Bestätigung 18
I. Die Bestätigung nichtiger Rechtsgeschäfte im allgemeinen . . 18
II. Die Bestätigung des formlosen Grundstücksveräußerungsvertrages durch Auflassung und Eintragung im besonderen . . 25
§ 7. Anwendung der Bestätigungstheorie auf
I. die Fragen der Rückwirkung und der Verjährung 33
II. die Fragen des Widerrufsrechtes und der Beweislast . . . 37

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41554813_0072

Literatur-Verzeichnis.

v. Amira: Grundriß des germanischen Rechts. Straßburg 1901.

Baer: Die Auflassung auf Grund eines formlosen Kaufvertrages. Diss. Erlangen 1907.

Bett: Formfragen bei Grundstücksveräußerungen (§ 313 BGB). Leipzig 1911.

Böhm: Die Bestätigung nichtiger Rechtsgeschäfte. Diss. Greifswald 1926.

Crome: System des bürgerlichen Rechts. Tübingen und Leipzig 1900.

Denkschrift zum Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches. 1896.

Dennler: § 313 BGB. In Seuff. Blätter, Jahrg. 71, S. 670 ff.

Dernburg: Die allgemeinen Lehren des bürgerlichen Rechtes des Deutschen Reiches und Preußens. 1902.

Ebbecke: Formvorschriften. Im Recht 1911, S. 633 ff.

Eck-Leonhard: Vorträge über das Recht des Bürgerlichen Gesetzbuches. 1903.

Endemann: Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, 8. Aufl. Berlin 1902.

Enneccerus: Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, allgemeiner Teil und Recht der Schuldverhältnisse, 18./21. Aufl. Marburg 1923.

Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen.

Fischer-Henle: Bürgerliches Gesetzbuch nebst Einführungsgesetz, 11. Aufl. 1921.

Goldmann-Lilienthal: Das Bürgerliche Gesetzbuch. Berlin 1912.

Grabow: Die Tragweite des § 313 Satz 2 BGB. Diss. Greifswald 1909.

Gruchots Beiträge zur Erläuterung des deutschen Rechts.

Gutbrod: Der obligatorische Grundstücksveräußerungsvertrag (§ 313 BGB). Stuttgart 1904.

Hachenburg: Das Bürgerliche Gesetzbuch. Vorträge. 1900.

— In Gutachten aus dem Anwaltsstande über die erste Lesung des Entwurfs eines BGB.

Hölder: Kommentar zum allgemeinen Teil des Bürgerlichen Gesetzbuches. München 1900.

Ihering: Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung, 5. Aufl. 1898.

Jacobi, Leonhard: Die fehlerhaften Rechtsgeschäfte. Im Arch. f. d. ziv. Prax., Bd. 86, S. 51 ff.

— E.: Über Klagenverbindung und Widerklage im Eheprozesse. In d. Zeitschr. f. Zivilproz., Bd. 48, S. 319 ff.

Juristische Wochenschrift, herausgegeben vom Deutschen Anwaltsverein. Berlin.

Kipp: bei Windscheid: Lehrbuch des Pandektenrechts, 9. Aufl. Frankfurt a. M. 1906.

Klingmüller: Natürliche Verbindlichkeiten. 1905.

Kommentar der Reichsgerichtsräte zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 5. Aufl. Berlin-Leipzig 1923.

Krückmann: Institutionen des Bürgerlichen Gesetzbuches. Göttingen 1901.

— Ein Beitrag zur Geldentwertung und Vertragsgrundlage unter besonderer Berücksichtigung der Haftpflichtversicherung. In Iher. Jahrb. Bd. 75, S. 1 ff.

Leipziger Zeitschrift für deutsches Recht.

Leonhard: Der allgemeine Teil des Bürgerlichen Gesetzbuches. 1900.

Marks: Die Bestätigung nichtiger und anfechtbarer Rechtsgeschäfte im gemeinen Recht und Bürgerlichen Gesetzbuche. Diss. Rostock 1906.

Matthiaß: Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. 1900.

Motive zu dem Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches. Berlin 1888.

Mugdan: Die gesamten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch. 1899.

Mugdan-Falkmann: Die Rechtsprechung der Oberlandesgerichte auf dem Gebiete des Zivilrechts.

Müller, E.: Die Heilung formungültiger Grundstücksveräußerungsgeschäfte durch Auflassung und Eintragung. Köln 1920.

Nagel: Die Bestätigung nichtiger und anfechtbarer Rechtsgeschäfte nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch. Diss. Jena 1911.

Neumann: Handausgabe des Bürgerlichen Gesetzbuches, 4. Aufl.

Oberneck: Das Reichsgrundbuchrecht, 3. Aufl. 1904.

Oertmann: Bürgerliches Gesetzbuch, Allgemeiner Teil. 1908; Schuldverhältnisse. Berlin 1910.

— Rückwirkende Kraft der Vertragsheilung nach BGB § 313 Satz 2? In Seuff. Blätt. Jahrg. 75, S. 541.

— Heilung der Formungültigkeit nach § 313 Satz 2 BGB. Im Zentralbl. f. freiw. Gerichtsbark. 1916, S. 599.

Oertmann: Natürliche Verbindlichkeiten im deutschen Bürgerlichen Gesetzbuch. Allgemeine Österreich. Gerichts-Ztg. 1902.

Planck: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 3. und 4. Aufl. Berlin.

Protokolle der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs des Bürgerlichen Gesetzbuches. Berlin 1897.

Das Recht. Rundschau für den deutschen Juristenstand.

Rehbein: Das Bürgerliche Gesetzbuch. 1899.

Reichel: Zur Behandlung formnichtiger Verpflichtungsgeschäfte, § 125 BGB. Im Archiv f. d. ziv. Prax., Bd. 104, S. 1 ff.

Rutenbeck: Der Gegensatz der sogenannten Konversion zur Bestätigung nichtiger Rechtsgeschäfte nach gemeinem Recht und BGB. Diss. Erlangen 1907.

v. Savigny: Römisches Obligationenrecht. 1853.

Schollmeyer: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. 1900.

Schreiber: Schuld und Haftung als Begriffe privatrechtlicher Dogmatik, Bd. I. Leipzig 1914.

Seip v. Engelbrecht: Die Bestätigung nichtiger und anfechtbarer Rechtsgeschäfte. Diss. Erlangen 1907.

Seufferts Archiv für Entscheidungen der obersten Gerichte in den deutschen Staaten.

Siber: Das Buchrechtsgeschäft. 1909.

Soergel: Bürgerliches Gesetzbuch nebst Einführungsgesetz, 3. Aufl. Berlin-Stuttgart-Leipzig 1926.

Staub: Das Problem des § 313 Satz 2 BGB. Breslau 1913.

v. Staudinger: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 9. Aufl. Bd. I und III, 7./8. Aufl. Bd. II. Berlin-München-Leipzig.

Steinfeld: Die Heilung des nichtigen Grundstücksveräußerungsvertrages. Diss. Leipzig 1914.

Thiele: Anwendungsgebiet des § 313 BGB. In der Zeitschr. d. dtsch. Not.-Vereins. 1902.

v. Tuhr: Der allgemeine Teil des deutschen Bürgerlichen Rechts. 1914.

Tochtermann: Der § 313 BGB. Diss. Rostock 1902.

von der Trenck: Nichtigkeit und Heilung bei sogenannten „Nebenabreden" oder unrichtigen Beurkundungen von Grundstücksveräußerungsverträgen. Jur. W. 1922, S. 186.

Turnau-Förster: Das Liegenschaftsrecht nach den deutschen Reichsgesetzen und den preußischen Ausführungsbestimmungen. Paderborn 1902.

Ubbelohde: Zum Bürgerlichen Gesetzbuch. In Iher. Jahrb., Bd. 38, S. 211.

Voigt: Die Bedeutung des gesetzlichen Formzwanges für den obligatorischen Immobiliarveräußerungsvertrag. Diss. Erlangen 1908.

Warneyer: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. Tübingen 1919/1922.

Warneyers Jahrbuch der Entscheidungen, Ergänzungsbände, enthaltend die Rechtsprechung des Reichsgerichts.

Zitelmann: Das Recht des Bürgerlichen Gesetzbuches. Allgemeiner Teil. 1900.

§ 1. Einleitung, Bedeutung des Themas.

Die Bestimmung des § 313 Satz 2 BGB gehört zu jenen Rechtsnormen, die einem dringenden Bedürfnis des Verkehrslebens entspringen und vom Gesetzgeber ohne Rücksicht auf die Systematik lediglich aus Zweckmäßigkeitserwägungen für einen Sonderfall geschaffen werden. Ihre Einordnung in das System des Bürgerlichen Gesetzbuches ist daher mit Schwierigkeiten verbunden. Hachenburg [1] bemerkte bereits zur ersten Lesung des Entwurfs zum BGB: „Die Wissenschaft und Praxis mag zusehen, wie sie mit dieser bedeutenden Konstruktionsschwierigkeit fertig wird."

Es hat nicht an Versuchen gefehlt, dieser Schwierigkeit Herr zu werden. Unter den verschiedenen Lösungsversuchen nimmt die Bestätigungstheorie als die vom Reichsgericht vertretene Meinung eine hervorragende Stellung ein. Aber gerade diese Theorie ist bislang weder systematisch dargestellt, noch folgerichtig zu Ende geführt worden. Die Feststellung wirkt überraschend, daß die Anhänger dieser Theorie, voran das Reichtsgericht, in wichtigen Punkten von der Verfolgung dieser durchaus tragbaren Konstruktion ohne zwingenden Grund plötzlich abspringen.

Aufgabe dieser Arbeit soll eine systematische Darstellung und vor allem konsequente Durchführung der Bestätigungstheorie sein. Eine schon bestehende Konstruktion weiterzuführen, ist zwar nicht eine so reizvolle Aufgabe, wie ein völlig neuer Lösungsversuch, aber dennoch eine notwendige. Handelt es sich doch um eine Frage, die keineswegs nur von theoretischem Interesse, sondern von großer praktischer Bedeutung ist. Da nämlich das Gesetz im § 313 die Wirkungen der Heilung überhaupt nicht und ihre Voraussetzungen nur in den Grundlagen angibt, ist man gezwungen, diese aus der rechtlichen Natur des Heilungsvorganges abzuleiten, bzw. zu ergänzen. Verschiedene Ansichten über das Wesen der Heilung führen naturgemäß zu verschiedenen Ergebnissen.

---

[1] Hachenburg, in Gutachten aus dem Anwaltsstande, S. 155.

Erster Teil.

§ 2. Die gesetzgeberischen Zwecke des § 313 BGB.

Das BGB hat in Übereinstimmung mit dem gemeinen Recht und im Anschluß an das alte Handelsgesetzbuch[1] die Formfreiheit als Regel aufgestellt. Dieser Grundsatz war im ersten und zweiten Entwurf (§§ 91 bzw. 104) ausdrücklich ausgesprochen, wurde aber in den revidierten Entwurf nicht aufgenommen, da er keine Rechtsnorm, sondern nur ein gesetzgeberisches Prinzip sei[2]. Im Gesetz selbst ist der Grundsatz der Formfreiheit mittelbar ausgesprochen im § 125, aus dessen Fassung er durch argumentum e contrario herzuleiten ist. Nur in wenigen Fällen, wo ganz besondere Gründe zu einer Abweichung von der Regel drängten, hat das Gesetz dieses Prinzip durchbrochen. Zu den bedeutsamsten Ausnahmen von dem Grundsatz der Formfreiheit gehört der § 313.

Für die Auslegung und das Verständnis einer Ausnahmevorschrift ist es naturgemäß von entscheidender Bedeutung, festzustellen, welche Gründe den Gesetzgeber veranlaßt haben, gerade an dieser Stelle von der Regel abzuweichen. Maßgebend für die Schaffung dieser Formvorschrift war die erhöhte Bedeutung, die auch heute noch dem Grundeigentum im Vergleich zu dem Eigentum an beweglichen Sachen zukommt. Freilich war in früheren Zeiten, als Deutschland noch reiner Agrarstaat war, die Bedeutung des Grundeigentums eine noch weit größere als heute. Damals bildete es noch den Grundstock eines jeden Vermögens. Aber wenn auch, so heben die Motive mit Recht hervor, „der für die Einführung einer besonderen Form geltend gemachte Grund, daß die Grundstücke die wertvollsten Gegenstände des Vermögens seien, ... erheblich an Bedeutung verloren hat, ... an sozialer Bedeutung hat das Grundeigentum im Laufe der Zeit nichts einbüßt"[3]. Die Motive[4] weisen insbesondere darauf hin, daß der Grundbesitz von entscheidender Bedeutung sei für die Lebensstellung und den Beruf des Veräußerers, und daß man den Grundstücksverkehr darum nicht mit dem Umtausch anderer Vermögensstücke auf eine Linie stellen könne. Ferner wird betont, daß mit jedem Grundeigentum Rechtsverhältnisse zusammenhängen, die wegen der Unvergänglichkeit des Grundeigentums von weitreichender Dauer sind. Es sei daher bei der Veräußerung eines

[1] Art. 317. [2] Prot., Bd. I, S. 88.
[3] Motive, Bd. II, S. 189. [4] Motive, Bd. II, S. 190.

Grundstückes sowohl für den Veräußerer, wie auch für den Erwerber eine besondere Vorsicht und Überlegung erforderlich. Um die Parteien zur Vorsicht zu ermahnen und um sie vor Übereilung zu schützen, schreibt das Gesetz für den Grundstücksveräußerungsvertrag eine Form vor. Einen wirksamen Schutz vor übereilten Entschlüssen konnte die einfache Schriftform nicht bieten. Die Erfahrung hatte gelehrt, daß in den Staaten, welche lediglich Schriftlichkeit für den Grundstücksveräußerungsvertrag verlangten, nämlich in Preußen[5], Sachsen[6] und Württemberg[7], dieser Zweck nicht erreicht worden war. „Tinte und Feder seien leicht zur Hand, die Unterschrift des Bauern genüge zur Vollendung des schriftlichen Vertrages, dessen Entwurf von dem Güterhändler in Eile hergestellt oder bereits in der Tasche mitgebracht werde. Durch den Gang zum Gericht oder Notar werde dagegen dem Bauern der Ernst der Sachlage klar gemacht und eine wohltätige Überlegungsfrist gegeben, Wirtshausgeschäfte seien ausgeschlossen“[8]. Dies war für den Gesetzgeber der Grund, gerade gerichtliche oder notarielle Beurkundung vorzuschreiben. Durch die Formvorschrift nimmt das Gesetz nicht nur das Interesse der unmittelbar Beteiligten wahr, sondern zugleich das Interesse, das die Allgemeinheit am Grund und Boden hat. Es sei nur auf die Folgen hingewiesen, die der ungehemmte Grundstücksverkehr in einigen Teilen Deutschlands gezeitigt hat, auf die Güterschlächterei in ländlichen Bezirken und die dadurch hervorgerufene Entwurzelung der ärmeren Landbevölkerung, auf die Bauspekulation in städtischen Bezirken mit Wohnungsteuerung und Wohnungsnot im Gefolge. Indem das Gesetz die Parteien, hier speziell den Veräußerer vor Übereilung bewahrt, dient es mittelbar der Allgemeinheit.

Als einen weiteren Grund für die Formvorschrift erwähnen die Motive, daß durch die gerichtliche oder notarielle Beurkundung eine vollständige und zweifelsfreie Feststellung der Parteivereinbarungen gewährleistet werde. Aber dieser Grund ist ein untergeordneter. Dagegen kehrt der Gedanke, daß die Parteien vor übereilten Beschlüssen geschützt werden sollen, in den Gesetzesmaterialien immer wieder[9]. Man kann daher diesen Gedanken

[5] ALR I, 5 § 135; I, 10 §§ 15, 16, 17; I, 11 § 75.

[6] Sächs. BGB § 822.

[7] Württemb. Gesetz vom 23. Juni 1853 Art. 1.

[8] Protokolle, Bd. I, S. 461.

[9] Motive, Bd. I, S. 179; Bd. II, S. 189 ff.; Protokolle, Bd. I, S. 461; Denkschrift S. 72.

schlechthin als denjenigen bezeichnen, welcher der Formvorschrift des § 313 zugrunde liegt.

Soweit aber eine Formvorschrift auf überlegtes Handeln hinwirken soll, ist sie überflüssig, wenn die Überlegung auf andere Weise gewährleistet wird. Diese Erwägung liegt der Heilungsbestimmung des Satzes 2 zugrunde. In den Kommissionsberatungen für die zweite Lesung des Entwurfs wurde von verschiedenen Seiten darauf hingewiesen, daß Satz 2 die Vorschrift des Satzes 1 aufhebe, oder zum mindestens wesentlich abschwäche und somit eine gesetzgeberische Inkonsequenz darstelle[10]. Die Parteien würden nämlich, um die Kosten der Beurkundung zu sparen, den Vertrag oft formlos abschließen und dann durch die Auflassung seine Heilung bewirken. Dieser Vorwurf trifft aber nur zu einem kleinen Teile zu, nämlich nur insofern, als Satz 1 dafür bestimmt ist, auf eine verständliche und vollständige Beurkundung des Vertrages hinzuwirken. Dies ist jedoch nur ein untergeordneter Zweck der Formvorschrift, wie bereits dargelegt wurde. So erklären auch die Protokolle, „immerhin werde der Hauptzweck des Abs. 1, der Schutz vor Übereilung noch in ausreichendem Maße . . . erreicht. Zwischen dem formlosen Abschluß und das Gültigwerden des obligatorischen Vertrages schiebe sich die Auflassung ein; der Bauer werde nüchtern, er gewinne Frist zur Überlegung, zur Rücksprache mit der Frau usw."[11]. Die Erwägung, daß der Gang zum Grundbuchamt ebenso vor Übereilung schütze, wie der Gang zum Notar, und daß die strengen Formen der Auflassung die Parteien ebenso nachdrücklich auf die Bedeutung des Geschäfts hinwiesen, wie die gerichtliche oder notarielle Beurkundung, war somit der Hauptgrund für die Aufnahme der Heilungsbestimmung. Auch die Motive[12] betonen, daß durch die Auflassung und Eintragung „die Aussicht auf wohlüberlegtes, alle Verhältnisse berücksichtigendes Handeln gewährleistet" sei. Insoweit ist Satz 2 geradezu eine notwendige Ergänzung des Satzes 1.

Aber noch ein zweiter Grund für die Heilungsbestimmung wird in den Gesetzesmaterialien hervorgehoben[13]. Es verstoße gegen Treu und Glauben und gefährde die Rechtssicherheit, daß lediglich wegen des Formmangels ein übereignetes Grundstück noch 30 Jahre lang kondiziert werden könne. Mag auch diese Erwägung mitgespielt haben, so ist sie doch nur von geringerer Be-

[10] Protokolle, Bd. I, S. 462.
[11] Protokolle, Bd. I, S. 463.
[12] Motive, Bd. II, S. 191.
[13] Motive, Bd. II, S. 191; Protokolle, Bd. I, S. 463; Denkschrift S. 73.

deutung und kann keinesfalls mit dem ersten Grund auf eine Stufe gestellt werden. Denn wenn sie für den Gesetzgeber der maßgebende Grund gewesen wäre, dann hätte er die Heilung logischerweise bei jeder Art von Eigentumsübertragung eintreten lassen müssen, und nicht nur bei Eigentumsübergang durch Auflassung und Eintragung.

§ 3. Die rechtliche Natur des formlosen Grundstücksveräußerungsvertrages.

Auf die Frage, wie weit die Formvorschrift des § 313 Satz 1 reicht, welche Vereinbarungen der Form bedürfen und welche nicht, kann im Rahmen dieser Arbeit nicht eingegangen werden [14]. Hier interessiert nur die Frage, welche Folgen für den Grundstücksveräußerungsvertrag die Nichtbeachtung der Formvorschrift hat.

Trotz der grundsätzlichen Bestimmung des § 125 BGB, wonach ein Rechtsgeschäft, das der gesetzlich vorgeschriebenen Form entbehrt, nichtig ist, ist die Frage umstritten. Ein großer Teil der Literatur geht von der Möglichkeit der „Heilung" aus, und folgert aus ihr, daß der § 125 auf den formlosen Grundstücksveräußerungsvertrag gar nicht zur Anwendung komme. Dieses Vorgehen ist schon methodisch sehr bedenklich. Der Grundsatz, daß die lex specialis der lex generalis vorgeht, gilt nur, soweit es sich um konkrete Anordnungen des Gesetzes handelt. Handelt es sich aber darum, aus dem Gesetz Begriffe und allgemeine Regeln herzuleiten, dann ist von der lex generalis auszugehen. In den generell gehaltenen Bestimmungen kommen nämlich die Grundgedanken des Gesetzgebers zum Ausdruck, während die speziell gehaltenen Bestimmungen nur den konkreten Fall zu regeln bestimmt sind. Ist aber eine solche spezielle Vorschrift dazu noch singulär, d. h. finden sich im Gesetz zu ihr keine oder nur ganz vereinzelte Parallelen, dann ist eine solche Vorschrift für die Gewinnung von übergeordneten Begriffen nicht zu gebrauchen. In einem solchen Falle ist, nachdem aus den übrigen Bestimmungen des Gesetzes die allgemeinen Begriffe hergeleitet sind, zu fragen, wie die singuläre Vorschrift in das System des Gesetzes einzuordnen ist. Der umgekehrte Weg ist methodisch nur da gerechtfertigt, wo das Gesetz bei einer singulären Vorschrift selbst deren rechtliche Natur erkennen läßt.

---

[14] Vgl. zu dieser Frage Bett, S. 78 ff.; Gutbrod, S. 100 ff.

Auf den § 313 BGB angewandt bedeutet das, daß zunächst die rechtliche Natur des formlosen Grundstücksveräußerungsvertrages zu prüfen ist, und daß erst, nachdem diese festgestellt ist, die Frage aufgeworfen werden kann, was unter seinem „Gültigwerden" zu verstehen ist. Es ist nicht angängig, vom „Gültigwerden" des formlosen Vertrages auszugehen und danach dessen Wesen zu bestimmen, denn der formlose Veräußerungsvertrag ist im Verhältnis zu seiner „Heilung" der übergeordnete Begriff. Solange nicht festgestellt ist, w a s gültig wird, ist der Vorgang des „Gültigwerdens" gar nicht juristisch zu erfassen.

Methodisch richtig ist davon auszugehen, daß der formlose Grundstücksveräußerungsvertrag gemäß § 125 BGB nichtig ist[15]. Damit ist aber seine rechtliche Natur noch nicht restlos geklärt. Es bleibt noch festzustellen, was unter der Nichtigkeit des BGB zu verstehen ist.

Es ist unverkennbar, daß der Gesetzgeber überall da, wo er das Wort nichtig verwendet, einen ganz bestimmten Sinn damit verbindet. Dies ergibt sich deutlich daraus, daß er sorgfältig Nichtigkeit und Unwirksamkeit auseinanderhält. Die Auffassung, zwischen nichtig und unwirksam bestehe im BGB kein Unterschied, die Unwirksamkeit sei kein einheitlicher Begriff und bilde nicht durchweg einen Gegensatz zur Nichtigkeit[16], ist nicht haltbar. Das Bemühen des Gesetzgebers, zwischen beiden Begriffen scharf zu unterscheiden, läßt z. B. die Entstehungsgeschichte des § 111 BGB erkennen. Als § 65 des ersten Entwurfes bezeichnete er das einseitige Rechtsgeschäft eines Minderjährigen ohne Einwilligung seines gesetzlichen Vertreters als „nichtig". Im zweiten Entwurf — dort im § 85 — trat an die Stelle dieses Ausdruckes das Wort „unwirksam"[17]. „Hierbei muß eine Absicht obgewaltet haben. Auf diese Weise entstand dann ein neuer Rechtsbegriff des bloß unwirksamen, aber nicht zugleich nichtigen Geschäftes, ohne daß der Gesetzestext oder die Materialien darüber, wo die Grenzscheide zwischen der bloßen Unwirksamkeit und der Nichtigkeit laufen

[15] Auch das Reichsgericht geht, ohne eine Begründung für notwendig zu halten, ständig davon aus, daß der formlose Veräußerungsvertrag gemäß § 125 nichtig ist. Vgl. RG E, Bd. 52, S. 4; Bd. 60, S. 340; Bd. 65, S. 395; Bd. 75, S. 115; Bd. 81, S. 51; RG bei Gruchot, Bd. 51, S. 930; Bd. 57, S. 947.

[16] Enneccerus I, 1, S. 516.

[17] Eine Parallele hierzu findet sich in der Konkursordnung. Der § 7 der neuen Fassung nennt die vom Gemeinschuldner nach Eröffnung des Verfahrens vorgenommenen Rechtshandlungen den Konkursgläubigern gegenüber „unwirksam", während § 6 der alten Fassung sie noch „nichtig" nannte.

soll, die dringend erwünschte Auskunft geben“ [18]. Was Leonhard an anderer Stelle als Unterscheidungsmerkmal nennt: „Die nichtigen Geschäfte sind umdeutungs- und bestätigungsfähig, die unwirksamen umdeutungs- und bestätigungsunfähig“ [19] kann nicht befriedigen. Denn hiermit ist nur einer der bedeutsamsten Unterschiede in den Folgen auf eine prägnante Formel gebracht, um aber den Wesensunterschied der beiden Arten von Fehlerhaftigkeit zu erfassen, bedarf es eines Zurückgreifens auf den Begriff des Rechtsgeschäftes, denn die Unterscheidung von verschiedenen Arten der Fehlerhaftigkeit ist im Wesen des Rechtsgeschäftes begründet.

Die Motive [20] geben folgende Definition des Rechtsgeschäftes:

> „Rechtsgeschäft ist eine Privatwillenserklärung, gerichtet auf die Hervorbringung eines rechtlichen Erfolges, welcher nach der Rechtsordnung deswegen eintritt, weil er gewollt ist.“

Diese Definition ist insofern zu eng, als sie den Eintritt des rechtlichen Erfolges in den Begriff des Rechtsgeschäftes einbezieht, während das Gesetz zweifellos auch die fehlerhaften Geschäfte, bei denen der rechtliche Erfolg nicht eintritt, dem Begriff des Rechtsgeschäftes unterstellt. Aus der Ausdrucksweise des Gesetzes, das von „nichtigen Rechtsgeschäften“ spricht oder die Redewendung braucht, „das Rechtsgeschäft ist nichtig“, „das Rechtsgeschäft ist unwirksam“ ist zu entnehmen, daß es Nichtigkeit und Unwirksamkeit als Eigenschaften des Rechtsgeschäftes betrachtet. Eine Definition, die allen Anforderungen gerecht wird, bietet Enneccerus [21]:

> „Rechtsgeschäft ist ein Tatbestand, der eine Willenserklärung oder eine Mehrheit von solchen enthält, und von der Rechtsordnung als Grund für den Eintritt der als gewollt bezeichneten Rechtswirkung anerkannt ist.“

Diese Definition enthält nicht mehr, als zum Begriffe des Rechtsgeschäftes erforderlich ist. Zum Begriffe des Rechtsgeschäftes gehören also in erster Linie eine oder mehrere Willenserklärungen, wobei es aber für das Vorliegen eines Rechtsgeschäftes gleichgültig ist, ob diese Willenserklärungen an einem Mangel leiden oder nicht. Begrifflich notwendig ist nur ein menschliches Verhalten, das „seinem Typus nach zur Erzeugung der willensgemäßen Rechtswirkung tauglich ist“ [22]. Fehlt es an einem solchen Ver-

---

[18] Leonhard, Allg. Teil S. 433. [19] Leonhard, a. a. O.

[20] Motive, Bd. I, S. 126. [21] Enneccerus I, 1, S. 354.

[22] Siber, Das Buchrechtsgeschäft, S. 102.

halten, so kann von einem Rechtsgeschäft keine Rede sein. Es fehlt ihm nicht nur die rechtliche Anerkennung, sondern sogar in der Welt des bloß Tatsächlichen die Existenz, es ist ein negotium non existens. Die Erfordernisse, die zur tatsächlichen Existenz erforderlich sind, nennen wir daher Existenzerfordernisse [23].

Die bloß tatsächliche Existenz eines Rechtsgeschäftes genügt aber noch nicht, um ihm auch die Anerkennung der Rechtsordnung, die „Geltung" zu verschaffen. Das Gesetz macht die rechtliche Geltung von dem Vorliegen weiterer Umstände abhängig, die deshalb in der Literatur allgemein als „Geltungserfordernisse" bezeichnet werden. Ist letzteren nicht genügt, so ist das Rechtsgeschäft nichtig, d. h. „das tatsächlich Vorhandene hat die Eigenschaft, als rechtlich nicht vorhanden angesehen zu werden" [24]. Zu den Geltungserfordernissen gehören beispielsweise ein gewisses Maß von Geschäftsfähigkeit der Parteien, Möglichkeit der Leistung, Ernstlichkeit der Erklärung u. a. Im besonderen ist auch die Form dort, wo das Gesetz sie für ein bestimmtes Geschäft vorschreibt, Geltungserfordernis, da das Gesetz dem ohne Beobachtung der Form geschlossenen Geschäft im § 125 die rechtliche Geltung versagt.

Wenn sämtliche Existenz- und Geltungserfordernisse vorliegen, ist das Rechtsgeschäft gültig. In manchen Fällen läßt aber das Gesetz aus rechtspolitischen Gründen die Wirkungen des Geschäfts erst dann eintreten, wenn zu dem tatsächlichen Geschäft noch andere Tatsachen hinzukommen. Für diese Tatsachen, die von Zitelmann [25] treffend „Wirksamkeitserfordernisse" genannt worden sind, ist charakteristisch, daß sie mit dem Rechtsgeschäft an sich nichts zu tun haben. Hierher gehören vor allem die Fälle, in denen das Gesetz die Einwilligung Dritter verlangt, z. B. die Einwilligung des gesetzlichen Vertreters zu den Willenserklärungen eines Minderjährigen (§ 107), die Genehmigung des Vertretenen im Falle des § 177 u. a.

Fehlen bei einem Geschäft die Wirksamkeitserfordernisse, so nennt das Gesetz das Geschäft „unwirksam". Nun ist es aber klar, daß beim Fehlen eines Geltungserfordernisses die Wirkungen des Geschäfts erst recht nicht eintreten. Man ist daher gezwungen, den

---

[23] Vielfach wird hierfür der von Zitelmann (Allg. Teil S. 92) geprägte Ausdruck „Errichtungserfordernisse" gebraucht. Dieser Ausdruck ist nicht charakteristisch, denn auch die Geltungserfordernisse müssen bei der Errichtung des Rechtsgeschäftes vorhanden sein.

[24] L. Jacobi, S. 71.

[25] Zitelmann, Allgem. Teil, S. 92.

Ausdruck „Unwirksamkeit“ im weiteren Sinne zu gebrauchen, der auch die Nichtigkeit einschließt, und in einem engeren Sinne, der lediglich das Fehlen eines Wirksamkeitserfordernisses bezeichnet[26].

Die Unterscheidung der verschiedenen Erfordernisse eines Rechtsgeschäftes macht den Wesensunterschied zwischen Nichtigkeit und Unwirksamkeit vollkommen deutlich. Vor allem sind wir nunmehr auch in die Lage versetzt, den Gegensatz der beiden Begriffe in seinen praktischen Auswirkungen zu bestimmen.

Für die Zwecke dieser Arbeit ist lediglich der Unterschied von Bedeutung, daß das nichtige Geschäft seinem Wesen nach unheilbar ist, während das unwirksame Geschäft stets einer Heilung zugänglich ist. Denn der Mangel des nichtigen Rechtsgeschäftes ist nicht zu beseitigen. Eine Nachholung des fehlenden Geltungserfordernisses ohne gleichzeitige Nachholung aller anderen Geltungserfordernisse wäre gar nicht möglich. Alle Geltungserfordernisse sind unlöslich miteinander verknüpft. Es gibt nicht eine Willenserklärung und daneben ihre Ernstlichkeit, sondern nur eine ernstliche Willenserklärung, nicht eine Willenserklärung und daneben eine Form, sondern nur die Willenserklärung in einer bestimmten Form. Werden aber alle Geltungserfordernisse nachgeholt, so kann nicht von Heilung, d. h. von Beseitigung eines Mangels die Rede sein, sondern nur von Neuerrichtung. Das unwirksame Geschäft dagegen ist ergänzungsfähig. Ein Fehlen des Wirksamkeitserfordernis, z. B. die fehlende Zustimmung eines Dritten, kann losgelöst von den übrigen Erfordernissen des Geschäftes nachgeholt werden. Geschieht dieses, so ist damit der Mangel, an dem das Geschäft krankte, beseitigt, das Geschäft also geheilt. Der erste Entwurf hatte im § 109 ausdrücklich bestimmt, daß die Nichtigkeit nicht heilbar sei. Die zweite Kommission strich den Paragraphen, „weil der in Rede stehende Rechtssatz selbstverständlich sei“[27]. Tatsächlich ist dieser Satz aus dem oben dargelegten Wesen der Nichtigkeit ohne weiteres herzuleiten.

Zusammenfassend kann man also die rechtliche Natur des formlosen Grundstücksveräußerungsvertrages dahin kennzeichnen: Er ist für die Rechtsordnung nicht vorhanden.

---

[26] Wenn in der vorliegenden Arbeit schlechtin von Unwirksamkeit gesprochen wird, ist stets die Unwirksamkeit im engeren Sinne gemeint.

[27] Protokolle, Bd. I, S. 261.

§ 4. Kritik der Versuche, das Wesen des formlosen Grundstücksvertrages von der Heilung[28] aus zu erfassen.

Während nach unserer Ansicht die rechtliche Natur des formlosen Veräußerungsvertrages aus der allgemeinen Regel des § 125 herzuleiten ist, versuchen viele, die singuläre Bestimmung des § 313 Satz 2 aus sich selbst zu erklären und von dieser Position aus das Wesen des formlosen Veräußerungsvertrages zu erfassen. Auf das Bedenkliche dieser Methode wurde bereits hingewiesen[29]. Von der Lückenlosigkeit der im § 125 aufgestellten allgemeinen Regel ist auszugehen, zumal der § 125 nicht die sonst (z. B. im § 134) übliche Klausel enthält: „wenn sich nicht aus dem Gesetz ein anderes ergibt". Die hier in Rede stehende Bestimmung lautet wörtlich:

> „Ein ohne Beobachtung dieser Form geschlossener Vertrag wird seinem ganzen Inhalt nach gültig, wenn die Auflassung und die Eintragung in das Grundbuch erfolgen."

Aus dem Umstande, daß das Gesetz von einem „geschlossenen Vertrage" spricht, ist über dessen rechtliche Natur nichts zu folgern, da das Gesetz, wie wir gesehen haben, auch das nichtige, nur tatsächlich existierende Geschäft als Rechtsgeschäft bezeichnet. Anders steht es um den Gebrauch des Wortes „gültig". Dieses Wort wird vom Gesetz in einem ganz bestimmten Sinne gebraucht, und zwar bedeutet es den Gegensatz zur Nichtigkeit, die Geltung, d. h. die rechtliche Anerkennung. Wenn Staub meint, das BGB gebrauche gültig gleichbedeutend mit wirksam, „gültig" bezeichne „ganz allgemein die Mangellosigkeit, Untadelhaftigkeit eines Rechtsgeschäftes"[30], so übersieht er, daß das BGB überall[31], wo es die Worte „gültig" oder „Gültigkeit" verwendet, den Gegensatz zu nichtig und Nichtigkeit meint, nämlich in den §§ 122 in Verbindung mit 142; 141 Abs. II in Verbindung mit 141 Abs. I; 307 und 308 in Verbindung mit 306; 761, 780, 781 und 793 Abs. II in Verbindung mit 125; 1324 Abs. II und 1325 Abs. II in Verbindung

---

[28] Obgleich nach unserer Ansicht der formlose Vertrag nichtig ist, und — wie bereits festgestellt wurde — eine Heilung der Nichtigkeit begrifflich ausgeschlossen ist, übernehmen wir dennoch für den Vorgang des § 313 Satz 2 den Ausdruck „Heilung", weil diese Bezeichnung sich einmal eingebürgert hat, allerdings mit dem Vorbehalt, daß der Ausdruck nicht wörtlich zu verstehen ist.

[29] Siehe oben S. 5 u. 6. [30] Staub, S. 21.

[31] Ausnahme § 2360 Abs. II.

mit 1324 Abs. I; 1699. Im § 313 eine Ausnahme von diesem Sprachgebrauch anzunehmen, fehlt jede Veranlassung. Mit der Feststellung, daß gültig den Gegensatz zu nichtig bezeichnet, ist freilich nichts gewonnen, da das Gesetz, indem es sagt: Der Vertrag „w i r d gültig", den Ausdruck „gültig" wieder aufhebt. Aus dem Begriff der Nichtigkeit ergibt sich, daß ein Gültigwerden logisch unmöglich ist. Die Redewendung „wird gültig" findet sich denn auch an keiner anderen Stelle des Gesetzes[32]. Das Wort „wird" scheint darauf hinzudeuten, daß der formlose Vertrag entwicklungsfähig, also bloß unwirksam sei, das Wort „gültig" dagegen scheint für die Nichtigkeit des formlosen Vertrages zu sprechen, beide zusammen heben sich auf. Man kann also aus dem Wortlaut des Satzes 2 über das Wesen der Heilung gar nichts herleiten. Er besagt nur, daß nach erfolgter Auflassung und Eintragung plötzlich ein vollwirksamer Vertrag des gleichen Inhaltes wie der formlose Vertrag da ist. Über die rechtliche Natur dieses Vorganges sagt der § 313 nichts.

Von den Versuchen, die rechtliche Natur des formlosen Veräußerungsvertrages zu erfassen, ohne von der Regel des § 125 auszugehen, sollen im folgenden die bedeutsamsten einer kritischen Betrachtung unterzogen werden.

Der Umstand, daß die Heilungsfaktoren, Auflassung und Eintragung, zusammen die Übereignung darstellen, also den Hauptteil dessen, was der Veräußerer dem Erwerber schuldet, hat dazu verleitet, dem formlosen Grundstücksveräußerungsvertrag die Wirkung einer Naturalobligation zu unterstellen[33]. Das BGB kennt nicht ein besonderes Rechtsinstitut der natürlichen Verbindlichkeit, es enthält nur einige Fälle[34], die eine gewisse Ähnlichkeit mit den Naturalobligationen des gemeinen Rechts haben. Allen diesen Fällen ist gemeinsam, daß einer Forderung die Klagbarkeit versagt wird. Das Geleistete kann jedoch nicht zurückgefordert werden, nicht einmal dann, wenn die Leistung in der irrtümlichen Annahme einer Verpflichtung erfolgt ist. Die Leistung ist auch

---

[32] Eine Parallele zu dieser widerspruchsvollen Ausdrucksweise findet sich im § 141, wo das Gesetz von „Bestätigung" spricht, und gleichzeitig erklärt, daß es eine „Bestätigung" gar nicht gibt, sondern nur eine Neuvornahme. Näheres darüber siehe unten.

[33] So Ubbelohde, Iher. Jahrb. Bd. 38, S. 299; Kipp bei Windscheid, § 289 Zusatz 2 c; Matthiaß, Bd. I, § 72; II; Tochtermann, S. 54; von der Trenck, Jur. W. 1922, S. 186.

[34] Die verjährte Forderung §§ 222 und 223; die Forderung aus Ehevermittlung § 656; die Forderung aus Spiel und Wette §§ 762 und 764.

nicht Schenkung, sondern Erfüllung der Verbindlichkeit, deren rechtliche Existenz mithin anerkannt wird. Die Theorie der Naturalobligation scheitert deshalb schon an der Bestimmung des § 125, der das formwidrige Geschäft ausdrücklich als „nichtig" bezeichnet, im Gegensatz zu der Ausdrucksweise des Gesetzes in den Fällen der §§ 222 und 223, 656, 762 und 764. Diese Schwierigkeit ist von keinem der Vertreter dieser Theorie aus dem Wege geräumt. Teils übergehen sie den § 125 stillschweigend, teils helfen sie sich mit der billigen Erklärung, der § 313 sei eben eine Ausnahme vom § 125 [35]. Ferner spricht gegen die Theorie der Naturalobligation der Umstand, daß im Falle des § 313 regelmäßig beide Parteien Ansprüche gegeneinander haben. Nun kann zwar nach § 313 Satz 2 der Veräußerer, wenn er die ihm obliegende Leistung durch Auflassung und Eintragung bewirkt hat, seine Leistung nicht zurückfordern. Auf seiner Seite käme also eine Naturalobligation an sich in Frage. Würde aber der Erwerber auf Grund des formlosen Vertrages (vor Auflassung und Eintragung) seinerseits leisten, z. B. den Kaufpreis im voraus entrichten, so könnte er seine Leistung zurückfordern. Man käme so zu dem Ergebnis, daß — immer auf Grund des formlosen Vertrages vor Auflassung und Eintragung — der Erwerber überhaupt nicht verpflichtet wäre, der Veräußerer immerhin naturaliter, sodaß der Veräußerer schlechter gestellt wäre als der Erwerber. Dieses Ergebnis ist, wenn man die Zwecke des § 313 bedenkt, widersinnig. Endlich kommt in Betracht, daß bei einer Naturalobligation der Empfänger der Leistung diese zwar behalten darf, darüber hinaus jedoch seine sonstigen Forderungen nicht klagbar werden. Nach § 313 Satz 2 wird indessen der Vertrag seinem ganzen Inhalt nach klagbar, auch evtl. Nebenforderungen des Veräußerers. Die Theorie der Naturalobligation ist also nicht zu halten [36].

Mit ihr verwandt ist die Theorie der haftungslosen Schuld, mit der Schreiber [37] den Heilungsvorgang erklären will. Schreiber geht von der deutschrechtlichen Unterscheidung zwischen Schuld und Haftung aus. Schuld bedeutet im germanischen Recht ein „Bekommensollen des einen und Leistensollen des anderen" [38], Haftung dagegen die Belangbarkeit einer Person oder Sache für diese Schuld. Diese alte Unterscheidung ist auch im BGB noch

[35] So Tochtermann, S. 54.

[36] Sie wurde bereits mit eingehender Begründung widerlegt von Oertmann, Österreich. Ger.-Ztg. 1902, S. 201, und von Klingmüller, S. 240.

[37] Schreiber, Schuld und Haftung usw., S. 52 ff.

[38] v. Amira, Grundriß des germanischen Rechts, S. 131.

lebendig. Schreiber ist nun der Ansicht, es entspreche dem Gesetze, „daß aus dem formlosen Vertrage des § 313 eine Schuld ohne Haftung hervorgehe. Die Haftung beider Teile tritt zur Schuld hinzu, wenn die Auflassung und Eintragung erfolgt ist“ [39]. Gegen diese Theorie läßt sich dasselbe ins Feld führen, was gegen die Theorie der Naturalobligation geltend gemacht wurde, nämlich in erster Linie der Umstand, daß § 125 BGB das formwidrige Geschäft ausdrücklich als „nichtig“ bezeichnet. Ist aber ein Geschäft nichtig, so ist rechtlich nichts vorhanden, also auch keine, wenn auch haftungslose, Schuld. Schreiber [40] selbst sieht die Schwäche seines Standpunktes und meint, daß nach Ablehnung der Bestätigungstheorie „eine andere Auffassung ohne die Lehre von Schuld und Haftung nicht möglich sei“ [41]. Daß aber die gegen die Bestätigungstheorie vorgebrachten Gründe nicht stichhaltig sind, wird unten dargelegt werden.

Zu erwähnen ist ferner noch die sogenannte Erfüllungstheorie [42], die den Grund und das Wesen der Heilung in der freiwilligen Erfüllung erblickt. Von den Anhängern dieser Theorie suchen Hachenburg und Reichel aus den Zwecken der Formvorschriften das allgemeine Prinzip herzuleiten, daß die Erfüllung stets den Formmangel heile. Vollkommen richtig ist von diesen Schriftstellern der Zusammenhang zwischen den Zwecken der Formvorschriften in den §§ 313, 518, 766 und der vom Gesetz in diesen drei Fällen angeordneten Heilung erkannt. Verfehlt ist aber, hieraus ein allgemeines Prinzip herzuleiten. Auch die Motive weisen diesen Gedanken ausdrücklich zurück: „Ist ferner eine Form des Rechtsgeschäfts vorgeschrieben, so ändert die freiwillige Erfülung des Vertrages an der Nichtigkeit desselben schlechterdings nichts“ [43]. Aus dem Gesetz selbst ergibt sich dieser Grundsatz durch argumentum e contrario, nämlich daraus, daß es im § 125 die formwidrig abgeschlossenen Geschäfte für nichtig erklärt und nur in drei einzelnen Fällen die „Heilung durch Erfüllung“ ausdrücklich angeordnet hat. Aber auch insoweit ist die Erfüllungstheorie verfehlt, als sie sich auf den Fall des § 313 Satz 2 bezieht. Eine Forderung, die nicht existiert, kann nicht erfüllt werden. Die Erfüllung besteht darin, daß „der Gläubiger das erhält, was ihm dem Schuldverhältnis gemäß zukommt“ [44], sie setzt also einen

[39] Schreiber, a. a. O. S. 62.

[40] Schreiber, a. a. O. S. 41. [41] Schreiber, a. a. O. S. 41.

[42] Hachenburg, S. 91 ff.; v. Tuhr, II, 1, S. 503; Ebbecke, im Recht 1911, S. 644; Reichel, im Arch. f. d. ziv. Prax, Bd. 104, S. 1 ff.

[43] Motive, Bd. I, S. 183. [44] Warneyer zu § 362 I.

Anspruch voraus, den sie zum Erlöschen bringt. Dieses erkennt v. Tuhr. Er meint deshalb, daß „Rechtsgeschäfte, bei deren Abschluß Formfehler unterlaufen seien, streng genommen nicht als nichtig bezeichnet werden können und daß durch die Auflassung und Eintragung eine Forderung entstehe, die jedoch nur als Grundlage der bereits vollzogenen Leistung diene“ [45]. Damit kommt v. Tuhr, wie er selbst sagt, auf eine unvollkommene Forderung heraus, die im praktischen Resultat einer Naturalobligation gleichsteht. Seine Ansicht wird gleichfalls widerlegt durch die grundsätzliche Bestimmung des § 125, sowie durch die Tatsache, daß nicht nur die erfüllte Forderung auf Auflassung und Eintragung zur Entstehung gelangt, sondern der Vertrag „seinem ganzen Inhalt nach“, also auch die noch nicht erfüllte Gegenforderung. v. Tuhr käme bei Durchführung seines Gedankens zu zweierlei Forderungen aus dem formlosen Vertrag: Die Forderung des Erwerbes auf Übereignung wäre, wenn auch nicht als klagbare, so doch als erfüllbare Forderung vorhanden, die Gegenforderung des Veräußerers wäre überhaupt nicht vorhanden. Daß diese verschiedene Behandlung der Forderungen des Erwerbers und des Veräußerers nicht dem Gesetz entspricht, wurde bereits bei der Erörterung der Theorie der Naturalobligation dargelegt.

Die meiste Beachtung von allen über das Wesen der Heilung bzw. des formlosen Veräußerungsvertrages aufgestellten Theorien verdienen — von der Bestätigungstheorie (Nichtigkeitstheorie) abgesehen — die Ergänzungstheorien. Unter dieser Bezeichnung fassen wir diejenigen Ansichten zusammen, die den formlosen Grundstücksveräußerungsvertrag für gültig, aber ergänzungsbedürftig, d. h. unwirksam halten und in den Formalakten der Auflassung und Eintragung die notwendige Ergänzung erblicken, die dem formlosen Vertrage erst die Wirksamkeit verleiht. Die Hauptvertreter dieser Richtung sind Staub [46] und Oertmann [47].

Staubs Ausführungen gipfeln in der Feststellung, das Gesetz unterscheide zwei Arten von Grundstücksveräußerungsverträgen, formale und formlose:

> „Ist ein formaler geschlossen, so ist in ihm die Form Geltungserfordernis. Ist aber ein Vertrag der anderen Art geschlossen, so ist für ihn die Form überhaupt nicht Erfordernis,

---

[45] v. Tuhr, a. a. O. S. 504, 505.

[46] Das Problem des § 313 Satz 2 BGB, Breslau 1913.

[47] Heilung der Formungültigkeit nach § 313 Satz 2 BGB, im Zentr.-Bl. f. freiw. Gerichtsbarkeit 1916, S. 589 ff.

sondern es muß zum formlosen Vertrage noch Auflassung in Verbindung mit Eintragung hinzutreten, damit der Vertrag volle Wirksamkeit äußere“ [48].

Während Staub hier ausdrücklich erklärt, die Form sei für den formalen Vertrag Geltungserfordernis, sagt er an anderer Stelle [49] das Gegenteil, in dem er behauptet, § 125 komme auf den Grundstücksveräußerungsvertrag gar nicht zur Anwendung, denn im § 313 Satz 1 werde die Form nicht gefordert, sondern zugelassen. Daß das Gesetz die Beurkundung eines Vertrages zuläßt, ist jedoch selbstverständlich und brauchte im Gesetz nicht hervorgehoben zu werden. Daß der Vertrag der zweiten Art (d. h. der formlose Vertrag) unwirksam sei, sucht Staub aus dem Wortlaut des § 313 Satz 2 herzuleiten, indem er „gültig“ gleich „wirksam“ setzt, wobei er zugleich behauptet, diese beiden termini technici seien auch im BGB gleichbedeutend [50]. Es wurde bereits dargelegt, daß dies mit der Terminologie des Gesetzes nicht zu vereinbaren ist. Eine Durchführung der Staubschen Ansicht führt denn auch zu ganz paradoxen Ergebnissen. Ist ein formloser Vertrag abgeschlossen, dann liegt — so meint Staub — ein Vertrag der zweiten Art, also ein unwirksamer Vertrag vor. Mit genau demselben Rechte können wir aber behaupten, es liege ein Vertrag der ersten Art vor, ein formaler Vertrag, dem das Geltungserfordernis der Form fehlt, also ein nichtiger Vertrag. Der formlos abgeschlossene Vertrag wäre also zu gleicher Zeit nichtig und unwirksam, also gleichzeitig rechtlich nicht vorhanden und rechtlich doch vorhanden. Etwas Widerspruchsvolleres gibt es nicht. Gleichsam als Entschuldigung fügt Staub hinzu, das sei für die Theorie das Resultat der „Inkonsequenz“ [51], die zur Schaffung des Satzes 2 des § 313 geführt habe [52], und lädt damit die Verantwortung für seine Konstruktion dem Gesetz auf.

Oertmann verbessert Staub dahin, es gebe nicht zwei Vertragsarten, sondern nur zwei „Abschlußformen“ [53], für den inhaltlich identischen Vertrag. Er unterscheidet sich aber von Staub nicht nur in den „Formulierungen“ — wie er selbst meint [54] —, sondern trennt sich von ihm im entscheidenden Punkte. Nach Oertmann ist nämlich auch bei der Abschlußform des Satzes 1 des § 313 die Form nicht Geltungserfordernis. Ist der Vertrag formlos abgeschlossen (zweite Abschlußform [55]), so hält er den Vertrag für

[48] Staub, S. 22. [49] A. a. O. S. 23. [50] A. a. O. S. 21.
[51] Protokolle, Bd. II, S. 462. [52] Staub, S. 23.
[53] Oertmann, a. a. O. S. 598. [54] A. a. O. S. 598.
[55] Die Formlosigkeit als Abschlußform zu bezeichnen, ist nicht sehr

unwirksam. In der Tatsache der Auflassung (und Eintragung) erblickt er das Wirksamkeitserfordernis, welches dem Geschäft die Wirkungen verleiht. Entsprechend seiner Definition der Rechtsbedingung als „einer nachholbaren, aber beim Geschäftsschluß selbst noch ausstehenden Wirksamkeitsvoraussetzung" [56], nennt er den Übereignungsakt eine Rechtsbedingung des formlosen Vertrages.

Indem Oertmann auch beim formalen Abschluß die Form nicht als Geltungserfordernis betrachtet, verwickelt er sich nicht in die Widersprüche Staubs. Seine Behauptung, der formlos abgeschlossene Vertrag sei bloß unwirksam, ist also nicht von vornherein abzulehnen, bedarf aber nichtsdestoweniger eines Beweises. Wenn auch „§ 125 kein ausnahmsloses Axiom darstellt, sondern nur einen . . . Leitsatz, der gegenteiliger Sondervorschrift weicht" [57], so bleibt dennoch zu beweisen, daß § 313 Satz 2 eine solche Sondervorschrift darstellt. Oertmanns Schweigen über diesen Punkt erklärt sich wohl daraus, daß er die Begründung Staubs, auf den er im übrigen Bezug nimmt, stillschweigend zu der seinen macht.

Oertmanns Theorie kann ferner deshalb nicht befriedigen, weil sie mit den Zwecken des § 313 nicht in Einklang zu bringen ist. Was soll die Formvorschrift, wenn daneben vom Gesetz der formlose Abschluß gestattet wird? Ein Verzicht des Gesetzgebers auf die Form ist nur dann verständlich, wenn der Zweck der Formvorschrift — der Schutz vor Übereilung — auf andere Weise erreicht wird. Diese Erwägung kommt hier aber nicht in Betracht, weil Oertmann es lediglich auf die T a t s a c h e der Auflassung (und Eintragung) abstellt. „Von irgendwelcher dabei erforderlichen weiteren, d. h. über den dinglichen Akt selbst hinausgehenden Willensrichtung sagt das Gesetz nichts" [58]. Die Tatsachen der Auflassung und Eintragung als s o l c h e gewährleisten aber die Überlegung nicht im geringsten.

Ein weiteres Bedenken gegen Oertmanns Auffassung ergibt sich aus dem Wesen der Rechtsbedingung. Es taucht nämlich die Frage auf, ob nicht auf die Rechtsbedingung der § 162 BGB anzuwenden

---

geschickt und hat bei Müller (S. 27) zu dem Mißverständnis geführt, Oertmann betrachte Auflassung und Eintragung als zweite Abschlußform. Daß Oertmann nicht so zu verstehen ist, ergibt sich aus seinen übrigen Ausführungen.

[56] Die Rechtsbedingung, S. 28.

[57] Oertmann, Zentralbl. f. freiw. Ger. 1916, S. 590.

[58] Oertmann, a. a. O. S. 594.

ist[59]. Dies ist m. E. anzunehmen, weil der Grundsatz von Treu und Glauben ein Grundprinzip des BGB ist. Das Reichsgericht hat sich zwar in ständiger Rechtsprechung[60] auf den Standpunkt gestellt, die Berufung auf mangelnde Form verstoße nicht gegen Treu und Glauben. Dabei ist jedoch zu beachten, daß das Reichsgericht die gesetzlich vorgeschriebene Form für ein Geltungserfordernis, also das formlose Geschäft, für nichtig hält. Wer die Auffassung vertritt, der Mangel der Form mache den Vertrag nicht nichtig, sondern bloß unwirksam, kann sich auf diese Rechtssprechung nicht berufen. Daß die Berufung auf mangelnde Wirksamkeit sehr wohl gegen Treu und Glauben verstoßen kann, beweist gerade der § 162, denn auch die echte Bedingung ist ein Wirksamkeitserfordernis. Auf unser Problem angewandt, würde das bedeuten, daß die Heilung auch dann einträte, wenn eine Partei die Mitwirkung zur Auflassung verweigerte. Damit wäre Oertmanns Auffassung ad absurdum geführt.

§ 5. Die Theorie der „einseitigen" Bestätigung.

Eine eigentümliche Stellung zu unserem Thema nimmt Siber ein. Nachdem er die Bestätigungstheorie abgelehnt hat, führt er aus: „Der Gedanke der Bestätigung hat gleichwohl etwas Richtiges, wenn man diese nur nicht als Neuvornahme des Rechtsgeschäftes, gemäß § 141 vor allem nicht als vertragsmäßige, sondern als einseitige Bestätigung durch den Veräußerer auffaßt"[61]. Dem steht zunächst entgegen, daß die Heilung niemals durch den Veräußerer allein herbeigeführt werden kann, sondern schon aus logischen Gründen nur durch ein Zusammenwirken beider Parteien. Ferner vermögen wir nicht einzusehen, was Siber sich unter einer „einseitigen Bestätigung" eigentlich vorstellt. Anscheinend soll damit dem Veräußerer ein Genehmigungsrecht eingeräumt werden, während der Erwerber an den formlosen Vertrag gebunden sein soll, eine Konstruktion, die im Gesetze nicht den geringsten Anhaltspunkt findet. Außerdem würde die Annahme eines Genehmigungsrechtes einen existierenden, wenn auch ergänzungsbedürftigen (unwirksamen) Vertrag voraussetzen, während Siber selbst den

[59] Vgl. zur Frage der Anwendbarkeit der §§ 158 ff. auf die Rechtsbedingung RG E Bd. 65, S. 261; JW 1912, S. 135.

[60] RG in DJZ 1903, Nr. 5, S. 31; RG E Bd. 52, S. 1—58, 217; Bd. 72, S. 342; Bd. 82, S. 199; Bd. 96, S. 315.

[61] In Planck-Siber, 4. Aufl., zu § 313, Erl. 6 b.

formwidrigen Grundstücksveräußerungsvertrag für nichtig erklärt[62]. Seine Konstruktion ist also völlig unverständlich. Sie sei nur der Vollständigkeit halber erwähnt.

Zweiter Teil.

§ 6. Die „Heilung" nach § 313 Satz 2 als Bestätigung.

I. Die Bestätigung nichtiger Rechtsgeschäfte im allgemeinen.

Eine Untersuchung der rechtlichen Natur des formlosen Grundstücksveräußerungsvertrages führt also zu dem endgültigen Ergebnis: Der Vertrag ist nichtig. Alle Versuche, zu einem anderen Ergebnis zu gelangen, sind fehlgeschlagen. Die Nichtigkeit des formlosen Vertrages bildet also die Grundlage, auf der der Versuch, das Wesen seiner „Heilung" zu erfassen, aufzubauen ist. Unser Versuch, die Heilung als Bestätigung im Sinne des § 141 BGB zu konstruieren, setzt Klarheit über Begriff und Wesen der Bestätigung voraus. Er erfordert daher eine Untersuchung der Bestätigung nichtiger Rechtsgeschäfte im allgemeinen.

Wie eine „Heilung" nichtiger Rechtsgeschäfte begrifflich unmöglich ist, weil das nichtige Geschäft rechtlich gar nicht vorhanden ist, die Heilung aber die Existenz von etwas Heilbarem voraussetzt, ebenso ist auch die „Bestätigung" eines nichtigen Rechtsgeschäftes ein logischer Widersinn, denn es ist nichts da, was stät- oder festgemacht werden könnte. „Wird ein nichtiges Rechtsgeschäft vom Urheber nachträglich bestätigt, so ist das durch eine solche Redeweise gesetzte Ziel ein unerreichbares; die mangelnde Anerkennung der Rechtsordnung kann nicht durch einen Privatwillensakt ersetzt werden. Die Bestätigung hat nur rechtliche Bedeutung, wenn und so weit sie sich als erneute allen Erfordernissen gerecht werdende Errichtung eines Rechtsgeschäftes von gleichem Inhalt darstellt"[1]. Dementsprechend bestimmt § 141:

> „Wird ein nichtiges Rechtsgeschäft von demjenigen, welcher es vorgenommen hat, bestätigt, so ist die Bestätigung als erneute Vornahme zu beurteilen."

---

[62] Siber, a. a. O., Erl. 1 c.

[1] Motive, Bd. I, S. 217.

Mit dieser Bestimmung hat das Gesetz eine „Bestätigung" nichtiger Rechtsgeschäfte ausdrücklich verworfen. Um so verwunderlicher ist es, daß das Gesetz trotzdem den Ausdruck „Bestätigung" gebraucht. Der Sprachgebrauch des Gesetzes wird denn auch von vielen Seiten bekämpft[2]. Hölder nennt ihn „weder konsequent, noch dem Sprachgebrauch des Lebens gemäß und einen entschiedenen Rückschritt"[3]. Leonhard[4] dagegen hält den Ausdruck „Bestätigung" für zutreffend, denn nur der Erklärungsakt werde wiederholt, während der alte Geschäftsinhalt in das neue Geschäft aufgenommen werde. Dem ist entgegenzuhalten — wie auch Marks[5] mit Recht hervorhebt — daß es einen Erklärungsakt ohne Geschäftsinhalt gar nicht geben kann. Wird also der Erklärungsakt wiederholt, so wird damit notwendig auch der Geschäftsinhalt, wenn auch in abgekürzter Form, wiederholt. Der Gebrauch des Ausdrucks „Bestätigung" in bezug auf ein nichtiges Rechtsgeschäft ist also vom juristischen Standpunkt aus nicht zu billigen. Crome[6] erblickt in der Ausdrucksweise des Gesetzes eine Rücksichtnahme auf den Sprachgebrauch des täglichen Lebens. Diese Rücksichtnahme liesse sich aber nur dann rechtfertigen, wenn das Gesetz deutlich zum Ausdruck brächte, daß es den Sprachgebrauch des täglichen Lebens übernimmt. Die Inkonsequenz des Gesetzes liegt darin, daß es den volkstümlichen Sprachgebrauch mit dem juristischen durcheinander wirft. „Einwandfrei hätte die Fassung des § 141 lauten müssen: Soll ein nichtiges Rechtsgeschäft von demjenigen, welcher es vorgenommen hat, bestätigt werden, dann ist es von ihm neu vorzunehmen"[7].

Mit dem Wort Neuvornahme ist die Bestätigung rechtlich charakterisiert. Bestätigung ist demnach die Errichtung eines Rechtsgeschäftes, dessen Inhalt mit dem eines von demselben Urheber stammenden nichtigen Rechtsgeschäftes im wesentlichen übereinstimmt. Die Neuvornahme (Bestätigung) unterscheidet sich in der rechtlichen Konstruktion von einer erstmaligen Vornahme in keiner Weise. Auch bestehen zwischen dem alten, nichtigen und dem neuen Geschäft keinerlei Beziehungen. Freilich kann man von Neuerrichtung nur dann sprechen, wenn dasselbe Geschäft

---

[2] Staudinger, Bd. I, § 141 unter 2; Endemann, Bd. I, S. 368 unter 3 Anm. 15; Rehbein, S. 194 unter 6; Hölder, S. 312 u. a

[3] Hölder, S. 312.

[4] Leonhard, Allgem. Teil, § 108 Ziff. 2. [5] Marks, S. 30.

[6] Crome, Bd. I, § 81 unter 1. [7] Böhm, S. 22.

bereits einmal errichtet worden ist. Es muß also eine gewisse Übereinstimmung zwischen dem Inhalt des alten und des neuen Geschäftes bestehen. Restlose Übereinstimmung zu fordern geht aber zu weit. Ob das Geschäft trotz etwaiger Abänderungen dasselbe geblieben ist, oder ob die Abänderungen es zu einem ganz anderen Geschäfte gemacht haben, ist Tatfrage. In einem Falle ist das Geschäft Neuvornahme (Bestätigung), im anderen Falle erstmalige Vornahme. An der rechtlichen Konstruktion des Geschäfts ändert das jedoch nicht das mindeste. Darum ist es auch nicht zutreffend, wenn Oertmann meint, das alte Geschäft sei „als gleichwertiges Stück in den Bestätigungsakt eingesetzt zu denken"[8]. Das liefe auf ein Aufleben des nichtigen Geschäftes hinaus, was begrifflich unmöglich ist. Das alte Geschäft kommt nur als Auslegungsmaterial in Frage, wenn, was die Regel ist, die Parteien bei der Bestätigung auf seinen Inhalt Bezug genommen haben.

Da der Bestätigungsakt eine Neuvornahme ist, richten sich die Voraussetzungen einer rechtsgültigen Bestätigung nach der rechtlichen Natur des zu bestätigenden Geschäftes. Die Neuvornahme muß „für sich selbst rechtsgültig"[9] sein. Soll also ein nichtiger Vertrag bestätigt werden, so muß er von den Parteien vollständig neu vereinbart werden. Es muß also zwischen den Parteien volle Willensübereinstimmung bestehen, sowohl über den Inhalt des Vertrages, als auch darüber, daß er nunmehr abgeschlossen werden soll. Ist für die Ersterrichtung eine Form vorgeschrieben, so bedarf auch die Neuerrichtung der Form, es sei denn, daß das Gesetz durch Sondervorschrift für die Neuerrichtung auf die Wahrung der Form verzichtet, oder eine andere Form genügen läßt[10]. Für die Bestätigung gelten also alle Erfordernisse der Ersterrichtung, aber auch nicht mehr.

Es taucht hier die Streitfrage auf, ob zur Wirksamkeit der Bestätigung eines nichtigen Rechtsgeschäftes die Kenntnis seiner Nichtigkeit bzw. ein daraus entspringender Bestätigungswille erforderlich ist. Die herrschende Auffassung[11] bejaht die Frage, eine Minderheit, deren Hauptvertreter Staudinger ist[12], vertritt die

---

[8] Oertmann, Bd. I. zu § 141.

[9] Protokolle, Bd. I, S. 126.

[10] Dies tut nach unserer Ansicht das Gesetz in den §§ 313, 518, 766 BGB und in § 15 des G. m. b. H. Ges.; siehe darüber unten.

[11] Vgl. S. 23 Anm. 22 und 23.

[12] Zu § 141 unter V.

gegenteilige Ansicht. Nach unserer Auffassung ist die erwähnte Fragestellung [13] als verfehlt zurückzuweisen.

Zunächst ist zu dem Ausdruck „Bestätigungswille" zu bemerken, daß dieser Ausdruck nur verwirrend wirkt und besser aus dem wissenschaftlichen Sprachgebrauch verschwände. Das Ziel eines solchen „Bestätigungswillens", dem nichtigen Geschäft rückwirkend Kraft zu verleihen, wäre ein unerreichbares [14]. Wie es keine Bestätigung gibt, sondern nur Neuvornahme, so ist auch das, was man „Bestätigungswille" nennt, in Wirklichkeit ein Neuvornahmewille, und da die Neuvornahme rechtlich dasselbe ist, wie jede andere Vornahme, gibt es r e c h t l i c h nur einen Vornahmewillen. Dieser Vornahmewille, d. h. der Wille, das betreffende Rechtsgeschäft abzuschließen, ist bei der Neuvornahme kein anderer wie bei der Erstvornahme. Selbstverständlich wird niemand vernünftigerweise ein Rechtsgeschäft n e u abschließen, ohne besonderen Grund. Aber dieser Grund, der ihn zu einer Neuvornahme veranlaßt, hat mit dem Geschäft selbst nichts zu tun, er steht als Motiv außerhalb desselben. Erfolgt also die Neuvornahme (Bestätigung) deshalb, weil dem Urheber des früheren Geschäftes dessen Nichtigkeit bekannt ist und er nunmehr dessen Rechtsfolgen herbeiführen will, so ist die Kenntnis der Nichtigkeit für ihn wohl der Ausgangspunkt, hat aber mit dem neu vorzunehmenden Rechtsgeschäfte selber nichts zu tun. Daher ist die Frage, ob zur Wirksamkeit der Bestätigung eines nichtigen Rechtsgeschäftes die Kenntnis seiner Nichtigkeit erforderlich sei, verfehlt. Die Notwendigkeit dieser Kenntnis ist — wenn eine solche besteht — höchstens eine psychologische Notwendigkeit, niemals eine rechtliche. Die Fragestellung muß vielmehr lauten: Ist Kenntnis der Nichtigkeit der psychologisch einzig mögliche Beweggrund, oder sind auch andere Beweggründe zu einer Neuvornahme denkbar?

Staudinger [15] und mit ihm einige wenige andere [16] erkennen vollkommen richtig, daß die Annahme der Nichtigkeit nur Beweggrund ist, übersehen aber, daß sie der einzig mögliche Beweggrund einer Neuvornahme ist. Staudinger bringt seine Ansicht mit folgenden Worten zum Ausdruck: „Die Bestätigung des nichtigen Rechtsgeschäftes ist gemäß § 141 als erneute Vornahme zu beur-

[13] Vgl. z. B. im Recht 1902, Entsch. 2638: Nur wenn sie in Kenntnis der Nichtigkeit erfolge, sei die Bestätigung „bindend und rechtswirksam".

[14] Endemann, § 74 Nr. 15; Krückmann, § 81; Staudinger zu § 141 Ziff. 3; Rehbein, S. 194 Ziff. 6.

[15] Staudinger zu § 141 unter 5.

[16] Z. B. Marks, S. 33—34; Seip v. Engelbrecht, S. 53; Böhm, S. 35 ff.

teilen, ohne Rücksicht darauf, ob der Bestätigende die Nichtigkeit kennt oder nicht. Ist er darüber im unklaren, hält er also das Rechtsgeschäft für bereits wirksam, so kann seine Meinung bei der Bestätigung nur die sein, aus irgend welchen Gründen (z. B. um dritte darauf aufmerksam zu machen) eine Wiederholung des Geschäfts vorzunehmen, oder durch erneute Vornahme die Wirksamkeit außer Zweifel zu stellen. Da aber tatsächlich Nichtigkeit vorliegt, muß dieser neuerliche Willensakt rechtlich notwendig als nunmehrige Begründung des Geschäftes aufgefaßt werden"[17]. Die Behauptung, der Bestätigende könne die Neuerrichtung „aus irgend welchen Gründen" vornehmen, kehrt bei den Vertretern dieser Richtung immer wieder, ohne daß sie jedoch einen anderen verständigen Grund als die Annahme der Nichtigkeit namhaft machen könnten. Die Absicht, „Dritte darauf aufmerksam zu machen", die Staudinger als Motiv einer Neuvornahme erwähnt, kann eine neue Willensbildung nicht erklären. Eine „Wiederholung" des Geschäftes in dieser Absicht wäre nur eine Bekanntmachung seines Inhaltes. Ähnlich liegt der Fall, wenn die Parteien mündliche (nicht formbedürftige) Vereinbarungen später in schriftlicher Form „wiederholen", um ein Beweismittel zu haben. Hier handelt es sich um eine nachträgliche Beurkundung des früher abgeschlossenen Vertrages, nicht um eine Neuvornahme. Ebenso liegt nur eine Beurkundung, keine neue Willensbildung vor, falls z. B. die Parteien einem Notar eine Zuwendung machen wollen, die er nicht als Geschenk ansehen soll. Böhm[18] weist in diesem Zusammenhang darauf hin, der Wille, sich neu zu verpflichten, sei schon in dem Willen, bei dem Geschäfte zu beharren, enthalten und der Beharrungswille sei mit dem Bewußtsein einer schon bestehenden Verpflichtung wohl zu vereinbaren, folglich sei auch der Wille, sich neu zu verpflichten, mit dem Bewußtsein, verpflichtet zu sein, zu vereinbaren. Diese Schlußfolgerung ist verfehlt, denn ein Beharrungswille setzt das Bewußtsein der Freiheit voraus, das Bewußtsein, daß man auch nicht beharren könnte. Man kommt also auch auf diesem Wege an der psychologischen Notwendigkeit einer Annahme der Nichtigkeit nicht vorbei. Größer ist die Zahl derer, die neben der Annahme der Nichtigkeit wenigstens noch den Zweifel an der Gültigkeit als möglichen Beweggrund einer Neuvornahme betrachten[19]. Aber auch diese Auffassung ist nicht zu halten. Wer nur mit der Möglichkeit rechnet, nicht gebunden zu sein, kann sich auch nur für den Fall, daß diese

[17] Staudinger zu § 141 unter 5.

[18] Böhm, S. 40. [19] Z. B. Planck zu § 141; Rutenbeck, S. 66.

Möglichkeit sich als wirklich herausstellt, aufs neue binden wollen. Die Neuvornahme erfolgt hier unter dieser Voraussetzung, sie ist eine Bestätigung „in omnem eventum“ [20].

Die Annahme der Nichtigkeit eines Rechtsgeschäftes ist also die psychologisch notwendige Voraussetzung einer Neuvornahme. Fehlte sie, so wäre eine Neuvornahme „sinn-, zweck- und gegenstandslos“. Mit Recht bezeichnet daher Krückmann die Nichtigkeit des früheren Geschäftes als die „Geschäftsgrundlage“ der Bestätigung [21]. Unseren Standpunkt vertritt im Ergebnis auch die herrschende Meinung. Die Rechtssprechung [22], vor allem die des Reichsgerichtes hat ständig daran festgehalten, daß zur Bestätigung (Neuvornahme) ein „Bestätigungswille“ bzw. das Bewußtsein der Nichtigkeit des früheren Geschäftes erforderlich sei. Die Ansicht der Praxis wird von der überwältigenden Mehrheit der Literatur [23] geteilt. Trotz der Richtigkeit des Ergebnisses bleibt an der herrschenden Auffassung zu rügen, daß sie — zum mindesten in ihrer Ausdrucksweise — Geschäftswillen und Motiv nicht auseinanderhält. Die neuere Rechtssprechung legt, wenn auch vielfach unter Beibehaltung der inkorrekten Ausdrucksweise, das entscheidende Gewicht auf den Vornahmewillen [24]. Völlig unverständlich erscheint daher eine Entscheidung des Reichsgerichtes aus dem Jahre 1924 [25], in der ausgeführt wird: „Es war keinesfalls erforderlich, daß die Kontrahenten sich bewußt waren, ob ihre Erklärungen rechtlich als Abschluß eines neuen Vertrages oder sonstwie aufzufassen waren. Es genügte, daß nunmehr Willensübereinstimmung herbeigeführt war.“ Diese Ausführungen besagen nichts geringeres, als daß die Parteien sich v e r t r a g l i c h verpflichten, ohne überhaupt davon zu wissen, ein Ergebnis, das als unverständlich bezeichnet werden muß. Auch ist eine Willensübereinstimmung der Parteien gar nicht denkbar, wenn sie sich

[20] Oertmann zu § 141.

[21] Krückmann, in Iher. Jahrb. Bd. 75, S. 40, Ziff. 2. Dabei versteht er unter Geschäftsgrundlage „die geschichtlichen Tatsachen“, von welchen „die erklärende Partei in einer für den Gegner nicht zu verkennenden Weise ausgegangen ist“.

[22] RG E Bd. 64, S. 146—149; Bd. 68, S. 398—402; Bd. 93, S. 228; Bd. 102, S. 87 ff.; OLG Bd. 6, S. 34—35; JW 1912, S. 681; Recht 1902, Nr. 2638; 1913, Nr. 10 und Nr. 1850; Warn. Respr. 1908, Nr. 123; 1913, Nr. 43; LZ 1913, S. 154—155; Seuff. Arch. Bd. 77, S. 98 ff. u. a.

[23] Planck zu § 141 Note 1; Oertmann zu § 141 Anm. 3 e; v. Tuhr, Bd. II, 1, 293, 86 u. a.

[24] Siehe die oben unter Anm. 22 zitierten Entscheidungen, soweit sie jüngeren Datums sind.

[25] JW 1924, S. 405.

nicht einmal darüber einig sind, daß ein Vertrag abgeschlossen werden soll. Mit Recht hat das Reichsgericht in einer früheren Entscheidung [26] festgestellt: „Eine Willensübereinstimmung ist nur vorhanden, wenn der Wille der Beteiligten auf Begründung eines Vertragsverhältnisses gerichtet ist. Das ist aber nicht der Fall, wenn die Beteiligten einen Vertrag, den sie als schon geschlossen ansehen, nur erfüllen wollen."

Ohne Annahme der Nichtigkeit ist also ein auf Begründung des Vertragsverhältnisses gerichteter Wille (sogenannter Bestätigungswille) undenkbar [27]. Wie nun, wenn ohne diese Annahme eine Handlung vorgenommen oder eine Erklärung abgegeben wird, die an sich eine Bestätigung bedeuten könnte? Liegt in einem solchen Falle eine Abweichung von Wille und Erklärung oder überhaupt keine Erklärung vor? „Es muß dahingestellt bleiben, ob die Anfechtung wegen Irrtums überall das richtige Mittel ist, der Vertragsgrundlage zu ihrem Rechte zu verhelfen. Man kann in einigen Fällen zweifeln, ob nicht durch die Auslegung unmittelbar geholfen werden kann. . . . Man wird daher von Fall zu Fall zusehen müssen, worauf die Auswirkung der Vertragsgrundlage

[26] RG im Recht 1913, Nr. 1850.

[27] Zu den Gegnern dieser Anschauung gehört auch E. Jacobi, wie sich aus seiner Abhandlung in der Zeitschr. f. Zivilproz. Bd. 48, S. 319 ff. ergibt. In der erwähnten Abhandlung legt Jacobi überzeugend dar, daß auch bei Bestand eines Berechtigungszustandes nochmals Tatsachen eintreten können, die ebenfalls geeignet sind, denselben Berechtigungszustand herbeizuführen, so daß zwei Tatbestandskomplexe nacheinander und unabhängig voneinander denselben Gesetzesbefehl auslösen. Dies erscheint mir vollkommen zutreffend, wenn zwei nicht rechtsgeschäftliche Tatbestände zusammentreffen, oder wenn auf einen rechtsgeschäftlichen Tatbestand ein nicht rechtsgeschäftlicher folgt, der denselben Rechtserfolg herbeizuführen geeignet ist. Dagegen scheint mir ein Rechtsgeschäft, gerichtet auf die Herbeiführung eines schon herbeigeführten Erfolges, nicht möglich zu sein, und zwar aus den oben dargestellten psychologischen Gründen. Auf diese subjektive Seite, nämlich auf die Frage, wie jemand, der das Ziel seines Willens bereits herbeigeführt glaubt, genau dasselbe Ziel ernstlich noch einmal herbeiführen wollen kann, geht Jacobi nicht ein.

Diese Schwierigkeit läßt sich auch nicht dadurch umgehen, daß man sagt, der Wille brauche nicht auf Herbeiführung des schon herbeigeführten Erfolges gerichtet zu sein, er könne auch lediglich auf die Schaffung einer weiteren Grundlage für den schon bestehenden Erfolg gerichtet sein. Dem rechtsgeschäftlichen Willen ist nämlich wesentlich, daß er auf Herbeiführung eines Rechtserfolges, auf irgendeine „Änderung der eigenen oder fremden Rechtssphäre" (Endemann, Bd. I, S. 260) gerichtet ist. Ein Wille, der nur auf die Schaffung einer weiteren Grundlage für den schon eingetretenen Rechtserfolg gerichtet wäre, würde auf sich selbst gerichtet sein. Denn bei Rechtsgeschäften ist gerade der Parteiwille die Grundlage des Rechtserfolges.

hinausläuft“ [28]. Aus der psychologischen Notwendigkeit der Annahme der Nichtigkeit folgt, daß eine Bestätigung durch ausdrückliche unmißverständliche Erklärung ohne diese Annahme gar nicht vorkommen kann. Damit scheidet für unseren Fall die Anfechtung wegen Irrtums aus. Hat jemand sich nicht mit ganz klaren Worten ausgedrückt, so ist zunächst zu prüfen, ob er überhaupt eine Willenserklärung abgegeben hat, sodann ist aus dem Gesamttatbestande durch Auslegung festzustellen, was er erklärt hat, und dann erst kann die Frage aufgeworfen werden, ob der so gefundene Inhalt seiner Erklärung sich mit seinem Willen deckt. Für die Untersuchung, ob in einem an sich konkludenten Verhalten eine Bestätigungserklärung liegt, ist die Frage nach der Annahme der Nichtigkeit ausschlaggebend. Der Umstand, daß die betreffende Handlung in Annahme der Nichtigkeit vorgenommen wird, verleiht ihr erst den Charakter einer Willenserklärung. Durch ein bestimmtes Verhalten ist also nur dann eine Bestätigung erklärt, wenn dieses Verhalten in Annahme der Nichtigkeit erfolgte, andernfalls ist gar nichts erklärt.

II. Die Bestätigung des formlosen Grundstücksveräußerungsvertrages durch Auflassung und Eintragung im besonderen.

Unsere bisherigen Ausführungen einerseits über die rechtliche Natur des formlosen Grundstücksveräußerungsvertrages und andererseits über die Bestätigung nichtiger Rechtsgeschäfte im allgemeinen ermöglichen eine restlose juristische Erfassung des Vorganges der „Heilung“. Es gilt nunmehr, das Gefundene folgerichtig auf den konkreten Fall des § 313 Satz 2 anzuwenden.

Die Nichtigkeit ist in ihrem Wesen nach unheilbar. Weil dieser Grundsatz sich aus dem Begriff der Nichtigkeit ergibt, duldet er keine Durchbrecung. Das Gesetz kennt nur einen einzigen Weg zur Herbeiführung des mit dem nichtigen Geschäft bezweckten Rechtserfolges, nämlich nur „die erneute, allen Erfordernissen gerecht werdende Errichtung eines Rechtsgeschäftes von gleichem Inhalt“ [29], d. h. die Bestätigung. Ist nun der formlose Veräußerungsvertrag zunächst nichtig, d. h. rechtlich nicht vorhanden, in einem späteren Zeitpunkt aber doch vorhanden, so ist die Schlußfolgerung, daß er inzwischen in einer allen Erfordernissen gerecht werdenden Weise neu errichtet worden ist, logisch zwin-

[28] Krückmann, Iher. Jahrb. Bd. 75, S. 49.
[29] Motive, Bd. I, S. 217.

gend[30]. Die Notwendigkeit dieser Folgerung ist so evident, daß man annehmen sollte, es könne — die Nichtigkeit des formlosen Vertrages vorausgesetzt — hier gar keine Meinungsverschiedenheit mehr entstehen. Dennoch vollziehen einige Autoren[31] diese Schlußfolgerung nicht, sondern konstatieren, daß eine Heilung der Nichtigkeit zwar begrifflich unmöglich sei, das Gesetz aber im § 313 Satz 2 eine Ausnahme gemacht und das Unmögliche angeordnet habe. Die Vertreter dieser Anschauung klammern sich an den Wortlaut des § 313 und verzichten lieber auf die Logik als auf den Wortlaut des Gesetzes. Der Widerspruch zwischen dem Wortlaut des Gesetzes und unserer Konstruktion ist zudem nur ein scheinbarer. Schon der innere Widerspruch, der in den Worten „wird gültig" steckt[32], sollte davon abhalten, dem Wortlaut des Satzes 2 allzu große Bedeutung beizumessen. Ein Vergleich mit der Ausdrucksweise des Gesetzes im § 141 läßt erkennen, wie der Wortlaut zu verstehen ist. Der Ausdruck „wird gültig" entspricht dort dem Ausdruck „Bestätigung eines nichtigen Rechtsgeschäftes". Beide Ausdrücke sind juristisch widersinnig, entsprechen aber dem Sprachgebrauch des täglichen Lebens. Man darf nicht davor zurückschrecken, beim § 313 Satz 2 denselben Denkakt vorzunehmen, wie beim § 141. Dort schließt man: die Nichtigkeit ist begrifflich unheilbar, folglich ist „Bestätigung" gleich (Neu)-Vornahme; hier muß man entsprechend folgern: die Nichtigkeit ist begrifflich unheilbar, also ist „Gültigwerden" gleich (neu)-errichtet werden. Nur so ist der Satz 2 in das System des BGB einzuordnen und mit dem Begriff der Nichtigkeit in Einklang zu bringen.

Durch Bestätigung kann freilich jedes nichtige Rechtsgeschäft „gültig werden". Insoweit wäre also eine besondere Bestimmung,

[30] Dasselbe gilt für die Fälle der §§ 518 und 766 BGB. Eine der Vorschrift des § 313 BGB entsprechende Bestimmung enthält auch der § 15 des G.-m.-b.-H.-Ges.:

„Zur Abtretung von Geschäftsanteilen durch Gesellschafter bedarf es eines in gerichtlicher oder notarieller Form geschlossenen Vertrages.

Der gerichtlichen oder notariellen Form bedarf auch eine Vereinbarung, durch welche die Verpflichtung eines Gesellschafters zur Abtretung eines Geschäftsanteils begründet wird. Eine ohne diese Form getroffene Vereinbarung wird jedoch durch den nach Maßgabe des vorigen Absatzes geschlossenen Abtretungsvertrag gültig."

[31] Crome, Bd. I, S. 355; Steinfeld, S. 37; Staudinger, Bd. I, Anm. II, 4 zu § 125; Planck (3. Aufl.), Nr. 4 zu § 125 u. a. Wenn Staudinger und Planck die Heilung nach § 313 Satz 2 als eine Ausnahme von dem Grundsatze der Unheilbarkeit der Nichtigkeit bezeichnen, so ist das inkonsequent, da diese Autoren mit uns die „Heilung" als Bestätigung auffassen.

[32] Siehe oben S. 11.

daß auch der formlose Grundstücksveräußerungsvertrag bestätigt werden kann, überflüssig. Die Besonderheit des § 313 Satz 2 liegt darin, daß er für die Bestätigung eine zweite Form, nämlich die Form der Auflassung und Eintragung zuläßt.

Die Bestätigung bedarf als Neuvornahme grundsätzlich derselben Form wie die Erstvornahme. Die Bestätigung eines nichtigen Grundstücksveräußerungsvertrages bedürfte also der gerichtlichen oder notariellen Beurkundung. Von diesem Grundsatz macht § 313 Satz 2 eine Ausnahme und gestattet für die Bestätigung auch die Form der Auflassung und Eintragung. Es ist also etwas Richtiges daran, wenn Oertmann[33] von zwei Abschlußformen spricht. Nur ist es unzutreffend, wenn er meint, zweite Abschlußform sei der formlose Abschluß. Die zweite Abschlußform für den obligatorischen Veräußerungsvertrag besteht vielmehr in dem Übereignungsakt, d. h. Auflassung und Eintragung. Die in erster Linie auf Übereignung gerichteten Willenserklärungen haben hier die Bedeutung von konkludenten Handlungen, durch welche die Parteien nach § 313 Satz 2 zugleich ihren auf Abschluß des obligatorischen Vertrages gerichteten Willen in formgerechter Weise zum Ausdruck bringen können. Eine Willenserklärung, die durch konkludentes Verhalten abgegeben wird, wird dadurch selbstverständlich nicht zu einer formalen. Schreibt aber das Gesetz ein ganz bestimmtes konkludentes Verhalten vor, und erkennt es die Willenserklärung nur dann an, wenn sie durch dieses bestimmte Verhalten zum Ausdruck gekommen ist, dann ist dieses Verhalten die für die betreffende Willenserklärung vom Gesetz vorgeschriebene Form.

Zu der zweiten Abschlußform gehört auch die Eintragung. Schollmeyer[34] versucht aus dem Erfordernis der Eintragung ein Argument gegen die Bestätigungstheorie herzuleiten; er erklärt, eine Bestätigung könne allenfalls in der Auflassung gefunden werden, daß aber außerdem das außergeschäftliche Tatbestandsstück der Eintragung gefordert werde, sei mit der Annahme einer Bestätigung nicht zu vereinbaren. Dieses Argument würde uns nur dann treffen, wenn wir eine formlose Bestätigung im Auge hätten. Eine solche müßte freilich schon in der Auflassung allein (als konkludenter Handlung) erblickt werden. Wir behaupten aber, daß die Bestätigung nach § 313 Satz 2 an eine Form gebunden ist, da sie — abgesehen von der Form des Satzes 1 — nur durch die

[33] Oertmann, Zentralbl. f. freiw. Ger. 1916, S. 598—599.
[34] Schollmeyer, Komm. BGB zu § 313.

Übereignung des Grundstückes, d. h. durch Auflassung in Verbindung mit der Eintragung erklärt werden kann. Da die Eintragung ein Bestandteil der Übereignung ist, bildet sie auch einen Bestandteil der Form, in welcher gemäß § 313 Satz 2 die Bestätigung vorgenommen werden kann [35].

Die Frage aufzuwerfen, ob die Form des Satzes 2 der Form des Satzes 1 im Range gleichsteht, wäre müßig. Zwar kommt die erste Form stets in Betracht, die zweite nur für den Fall, daß ein nichtiger Vertrag vorausgegangen ist, auf dessen Inhalt die Parteien Bezug nehmen können. Diese begrenzte Anwendbarkeit der zweiten Form ist jedoch nicht vom Gesetze statuiert, sondern liegt in der Natur der Sache. Die Auflassung als dinglicher Vertrag schließt begrifflich die Aufnahme obligatorischer Verabredungen aus, so daß die Parteien wohl durch die Vornahme der Auflassung ihren Verpflichtungswillen zum Ausdruck bringen, aber nicht den Inhalt der Verpflichtungen im einzelnen in ihre Erklärungen aufnehmen können. Wenn also durch die Auflassung (in Verbindung mit der Eintragung) ein obligatorischer Vertrag abgeschlossen werden soll, so muß notwendig dessen Inhalt schon vorher festgelegt sein.

Der Grund, weswegen der Gesetzgeber die Bestimmung des § 313 Satz 2 geschaffen hat, war — wie wir bereits festgestellt haben — der, daß ein überlegtes Handeln nicht nur durch gerichtliche oder notarielle Beurkundung, sondern auch durch die Auflassung gewährleiset wird. Diese rechtspolitischen Erwägungen kommen aber nur dann zur Geltung, wenn man in der Auflassung (in Verbindung mit der Eintragung) den Tatbestand einer Neuerrichtung des Veräußerungsvertrages erblickt. Die Formvorschrift des Satzes 1 soll die Parteien zur Überlegung zwingen, bevor sie sich *verpflichten*. Eine andere Form kann diese naturgemäß nur dann ersetzen, wenn sie gleichfalls das Verpflichtungsgeschäft betrifft. Die Auflassung gewährleistet die Überlegung sogar in noch höherem Maße, da sie gegenüber der Form des Satzes 1 die strengere Form ist. Während es für die gerichtliche oder notarielle Beurkundung gemäß § 128 genügt, wenn zunächst der Antrag und sodann die Annahme des Antrages vor einem Gericht oder Notar beurkundet wird, erfordert die Auflassung nach § 925 die gleichzeitige Anwesenheit beider Teile vor dem Grundbuchamt. Die Auf-

[35] Eine Parallele hierzu findet sich im § 1154 BGB. Dort ist im Abs. II angeordnet, daß die an sich geforderte schriftliche Form der Abtretungserklärung durch Eintragung in das Grundbuch ersetzt werden kann. Also auch dort Eintragung als Form einer Willenserklärung.

lassung vollzieht sich also in der schwersten Form, die das Gesetz kennt. Wiederholen die Parteien das auf Veräußerung des Grundstücks gerichtete Verpflichtungsgeschäft durch die Veräußerung, also auch in deren strengen Formen, so soll der Mangel der an sich für das Verpflichtungsgeschäft vorgeschriebenen Form ihm nicht schaden. Das ist, mit anderen Worten ausgedrückt, der Inhalt des § 313 Satz 2.

Auf dem Boden der Bestätigungstheorie stehen mit uns das Reichsgericht[36] und ein nicht unerheblicher Teil der Literatur[37]. Merkwürdigerweise behandeln gerade die Anhänger dieser Konstruktion das Problem des § 313 Satz 2 nur beiläufig in kurzen, wenig oder gar nicht begründeten Bemerkungen. Der Mangel einer systematischen Darstellung erklärt zu einem großen Teil die Tatsache, daß die Anhänger dieser Theorie, vor allem das Reichsgericht, häufig eine klare Stellungnahme vermissen lassen und in einigen wichtigen Fragen sogar von der als richtig erkannten Konstruktion ohne zwingenden Grund abspringen.

Zunächst wäre zu wünschen, daß das Reichsgericht einmal mit aller Deutlichkeit ausspräche, daß der Eigentumsübertragung nur dann „heilende" Wirkung innewohnt, wenn sie von den Parteien im Bewußtsein ihrer Nichtverpflichtung vorgenommen wird, nicht aber, wenn sie nur zur Erfüllung einer vermeintlichen Verpflichtung vollzogen wird. Zu diesem Ergebnis muß man kommen, wenn man in der Auflassung (und Eintragung) den Tatbestand einer Bestätigung erblickt. Daß die Bestätigung eines nichtigen Rechtsgeschäftes das Bewußtsein der Nichtverpflichtung zur notwendigen Voraussetzung hat, wurde bereits eingehend begründet. Stellt also die Übereignung des Grundstücks „eine Bestätigung im Sinne des § 141"[38] dar, su muß für sie dasselbe gelten. Auch wird nur dann der Zweck des Gesetzes — Schutz vor Übereilung — erreicht, wenn die Parteien im Bewußtsein ihrer

---

[36] Das Reichsgericht bezeichnet die Heilung ausdrücklich als Bestätigung im Sinne des § 141 BGB in RG E Bd. 75, S. 115. Es vertritt die Bestätigungstheorie aber auch überall da, wo es verlangt, daß zur Zeit der Auflassung noch Willensübereinstimmung bestehen müsse, denn diese Forderung ist nur mit der Konstruktion der Heilung als Bestätigung zu vereinbaren. So in RG E Bd. 52, S. 5; 54, S. 109; 60, S. 340; 65, S. 392; 82, S. 416; in Gruchot, Bd. 51, S. 930; 57, S. 947; im Recht 1912, Nr. 1347; 1914, Nr. 3320; 1917, Nr. 370 u. a.

[37] Enneccerus, Lehrbuch § 252, Anm. 18; Planck, 3. Aufl., Ziff. 4 (anders Siber in der 4. Aufl.); Staudinger, Ziff. 5; Soergel, Anm. IV, 2; Marks, S. 31; Boehm, S. 28.

[38] RG E Bd. 75, S. 115.

Ungebundenheit Auflassung und Eintragung bewirken. Denn nur, wenn sie sich ihrer Freiheit bewußt sind, können sie sich nochmals überlegen, ob sie sich binden wollen. Glauben sie aber, an das — vielleicht sehr übereilt abgeschlossene — formlose Geschäft gebunden zu sein, und bewirken sie Auflassung und Eintragung nur, um ihrer vermeintlichen Pflicht nachzukommen, so bleibt für Überlegung kein Raum. Leider hat das Reichsgericht noch nicht Gelegenheit genommen, dem Grundsatz, den es sonst ständig vertritt[39], daß nämlich eine Bestätigung das Bewußtsein der Nichtverpflichtung zur Voraussetzung habe, auch bezgl. der Bestätigung des formlosen Grundstücksveräußerungsvertrages durch Auflassung und Eintragung mit voller Klarheit auszusprechen. — Es fragt sich nun, wie die Rechtslage ist, wenn eine Partei, nur um ihrer vermeintlichen Verpflichtung nachzukommen, bei der Auflassung mitgewirkt hat. Nach der anerkannten Rechtsprechung des Reichsgerichtes ist in einem an sich konkludenten Verhalten nur dann eine Willenserklärung zu erblicken, wenn nach den Umständen das betreffende Verhalten keine andere Deutung zuläßt[40]. Die Erklärungen der Parteien vor dem Grundbuchamt bedürfen aber keiner Deutung. Sie bedeuten zunächst nichts als eben die Auflassung. Erst wenn besondere Umstände hinzukommen, z. B. der Umstand, daß sie im Bewußtsein der Nichtverpflichtung abgegeben werden, bedeuten sie mehr. Wird die Auflassung ohne dieses Bewußtsein vorgenommen, so enthält sie keine Bestätigungserklärungen, einer Anfechtung bedarf es nicht.

Wenn die Auflassung (in Verbindung mit der Eintragung) eine Bestätigung des obligatorischen Vertrages darstellt, dann gelten für sie naturgemäß alle Grundsätze, die für die Bestätigung nichtiger Rechtsgeschäfte im allgemeinen gelten. Nur der Grundsatz, daß die Bestätigung derselben Form bedarf, wie das zu bestätigende Geschäft, gilt hier nicht, worin gerade die Besonderheit des § 313 Satz 2 besteht. Es ist infolgedessen inkonsequent, wenn Rechtsprechung[41] und Literatur[42], auch soweit sie auf dem Boden der Bestätigungstheorie stehen, übereinstimmend erklären, durch Auflassung und Eintragung würden die Mängel des zugrunde liegenden

[39] Besonders deutlich im Recht 1913, Nr. 1850.

[40] Ausführlich RG in JW 1915, S. 19, Nr. 2.

[41] RG bei Gruchot, Bd. 57, S. 947; im Recht 1915, Nr. 40; JW 1911, S. 37; RG E Bd. 3, S. 257; 31, S. 230.

[42] Planck II (3. Aufl.) zu § 313, Nr. 6; Neumann zu § 313, Nr. 4 a; Schollmeyer II zu § 313, Nr. 2 b; Crome II, § 166, S. 163, Anm. 42; Gutbrod, S. 125 u. a.

Vertrages nur insoweit geheilt, als sie eben im Fehlen der im § 313 vorgeschriebenen Form bestünden, andere Mängel würden nicht geheilt. Diese Auffassung widerspricht dem Wesen der Bestätigung. Da die Bestätigung eine völlig selbständige Neuvornahme darstellt, die „für sich selbst rechtsgültig“ [43] sein muß, kommt es nur darauf an, ob bei dem Bestätigungsakt, also hier bei der Auflassung, der Nichtigkeitsgrund noch vorliegt. War also der ursprüngliche Vertrag zum Schein abgeschlossen, so kommt es nur darauf an, ob die Parteien ihn jetzt ernstlich wollen, war bei dem früheren Vertragsabschluß eine Partei geschäftsunfähig, so kommt es nur darauf an, ob sie nunmehr geschäftsfähig ist. Anders liegt der Fall, wenn der Nichtigkeitsgrund dem Inhalte des Geschäftes anhaftete. Da die Parteien durch die Auflassung nur auf den Inhalt eines früheren Geschäftes Bezug nehmen können, kann ein solcher Nichtigkeitsgrund naturgemäß niemals geheilt werden. Die Worte des § 313 Satz 2 „ein ohne Beobachtung dieser Form geschlossener Vertrag“ stehen unserer Auffassung durchaus nicht entgegen [44], denn sie schließen das Vorliegen weiterer Mängel neben dem Formmangel keineswegs aus. Andererseits muß ein formlos abgeschlossener Vertrag unserer Ansicht nach immer vorausgegangen sein, da die Auflassung als ausschließlich dinglicher Vertrag wohl einen Verpflichtungswillen zum Ausdruck bringen, aber nicht den Inhalt dieser Verpflichtung im einzelnen enthalten kann.

Die Anhänger der Bestätigungstheorie, voran das Reichsgericht [45], vertreten die Auffassung, daß, wenn das gleiche Grundstück mehrmals formlos veräußert ist, eine Heilung sämtlicher Zwischenverträge eintritt, wenn Auflassung und Eintragung seitens des ersten Veräußerers an den letzten Erwerber erfolgen. Diese Ansicht steht in unlöslichem Widerspruch zu der Konstruktion der Heilung als Bestätigung. Identität der Parteien ist bei einer Neuvornahme (Bestätigung) selbstverständliche Voraussetzung. Dieses Erfordernis stellt das Reichsgericht selbst an anderer Stelle mit aller Entschiedenheit auf, und will aus diesem Grunde sogar Auflassung an den Bevollmächtigten einer Partei nicht ausreichen lassen. „Zu bemerken ist schließlich im allgemeinen, daß das Formerfordernis des § 313 dazu dienen soll, die Beteiligten vor etwaigen schädlichen Übereilungen zu schützen, und daß die Vor-

[43] Protokolle, Bd. I, S. 126.

[44] Dies behauptet Bett, S. 88.

[45] RG Bd. 71, S. 402; 82, S. 346; 85, S. 273; RG in JW 1908, S. 331 u. a.

schrift des Satzes 2 a. a. O. über die Heilbarkeit des Formmangels auf dem Gedanken beruht, daß die Beteiligten, die späterhin die Auflassung vornehmen, sich die Sache nochmals überlegt haben. Anders ist es daher, wenn die Vertragsparteien das Auflassungsgeschäft selbst vornehmen, als wenn es durch Bevollmächtigte geschieht, die die Vollmacht schon im Kaufvertrage erhalten haben und unter Umständen von der Vollmacht auch dann Gebrauch machen können, wenn die Beteiligten inzwischen ihre Absichten geändert haben"[46]. Denselben Standpunkt vertritt das Reichsgericht in einer früheren Entscheidung[47] bezgl. des § 10 des preußischen Eigentumserwerbsgesetzes: „. . . daß der § 10 davon ausgeht, daß das Rechtsgeschäft, dessen mangelnde Form durch die Auflassung geheilt wird, ein Geschäft zwischen dem eingetragenen Eigentümer und dem Erwerber ist." Das Reichsgericht widerlegt sich also selbst. Aber es bedarf nicht einmal des Zurückgreifens auf das Wesen der Bestätigung zur Widerlegung der Rechtsprechung des Reichsgerichtes. Schon der Wortlaut des § 313 widerspricht dieser Auffassung. Aus dem Zusammenhang ergibt sich ohne weiteres, daß die Übereignung, die die Heilung des formlosen Vertrages bewirken soll, diesem Vertrage entsprechen muß. Das Gesetz sagt: „Ein . . . Vertrag wird gültig, wenn die (ihm entsprechende) Auflassung und die (ihm entsprechende) Eintragung erfolgen." Andernfalls würde das Gesetz sich wahrscheinlich folgendermaßen ausgedrückt haben: „Verträge . . . werden gültig, wenn Auflassung und Eintragung erfolgen." Die Vertreter der anderen Meinung[48] berufen sich auf die Zweckmäßigkeit ihres Ergebnisses. Siber[49] meint sogar, ein so zweckmäßiges Ergebnis dürfe durch die allenfalls entbehrliche Konstruktion der Heilung als Bestätigung nicht in Frage gestellt werden und läßt aus diesem Grunde die sonst als richtig erkannte Bestätigungstheorie fallen. Zuzugeben ist, daß das Ergebnis des Reichsgerichtes den Verkehr erleichtert, aber dieser Umstand ist kein Argument gegen unsere Ansicht, wenn das Gesetz selbst „unzweckmäßig" sein will. Der Verkehr mit Grundstücken soll ja gerade durch die Formvorschrift in etwa gehemmt werden. Die hier vertretene Ansicht ist kein weltfremder Formalismus, sondern dient dem richtig verstandenen Verkehrsinteresse, wie auch der Gesetzgeber nicht „verkehrsfeindlich" handelte, als er die hem-

[46] RG E Bd. 94, S. 150. [47] RG in Gruchot, Bd. 27, S. 1029.
[48] Siber in Planck (4. Aufl.), Anm. 6 b zu § 313.
[49] Siber, a. a. O. Anm. 6 b zu § 313.

gemäß Parteiautonomie (§ 133 Abs. 1 BGB) erlaubt. Durch die Auffassung der Rechtsprechung werden die Zwecke der Formvorschrift (Übereilung, Beweis, Information) nicht gefährdet. Dem Schutzbedürfnis und Formbedürfnis und der Rechtssicherheit werden durch die Tat und Tat gefährdet, wenn nur mit Zeit zu Zeit eine Änderung und Klärung erfolgen. Auch für die Parteien ist gegen Ansicht der nicht zu erwarten, wie es erscheint den Anschein hat. Die Kosten der notariellen Auflassung werden dadurch vermindert, und die Parteien die Kosten der gerichtlichen oder notariellen Beurkundung ersparen. Aus all diesen Gründen wird das Bundesgericht nicht umhin können, seinen Standpunkt einer Neuprüfung zu unterziehen.

§ 7. Anwendung der Erstreckungsgrundsätze

I. Die Frage der Mitbeurkundung und Verpflichtung

An die Bestimmung des § 313 Satz 2 knüpfen sich noch einige besonders bedeutsame Streitfragen, die zwar nicht unmittelbar den Wortlaut der Vorschrift selbst betreffen, aber doch mit ihr und dem Formzweck zusammenhängen. Für die Beantwortung dieser Fragen ist die Erkenntnis der verschiedenen Weise von Haftung als Verpflichtung von entscheidender Bedeutung. Sie und Deutsch unter Zugrundelegung dieser Erkenntnis einer besonderen Betrachtung zu unterziehen.

Viel umstritten ist die Frage, ob die Haftung einer juristischen Person mitbeurkundet werden muß. Die Rechtsprechung bejaht das (Vertreter[1], Bevollmächtigter[2], Prokurist[3], Handlungsbevollmächtigter[4], Kommanditist[5], Gesellschafter[6], Gesellschaftsorgan[7] der Gesellschaft usw.). Die Literatur, die zum Teil Anlehnung an die Rechtsprechung gefunden gefunden werden, wird überwiegend anders verstanden. Die Meinungen gehen auch auf verschiedenartige Begründungen. Treu und Glauben, Analogie und ähnliche Gesichtspunkte. Ähnlich verschiedenartig sind endlich ihrem allgemeinen Inhalt und die Grenzen, die gegen die Formbedürftigkeit gezogen werden. Derartige allgemeine Grundsätze können jedoch

[1] Reichsgericht, Entscheidungen in Zivilsachen (RGZ) Bd. 1, 65; Bd. 72, 3, 302. [2] RGZ Leipzig Bd. 1, 5, 208, Anm. 1.
[3] Recht und Praxis Bd. 100, 3, 28. [4] Gesellschaft nach § 313, Satz 2.
[5] Bd. 1, 2, 5, 27. [6] Bd. 11, 5, 162.
[7] RGZ, 3, 5, 1905, Nr. 3 zu § 313.
[8] RG, 2, Bd. 78, 5, 116, 1912, Anm. zu RGZ, 20, 5, 141, Recht 1920, Nr. 43 zu § 313. Warneyer zu § 313, Anm. 1911, RGZ Komm., Anm. 4 zu § 313. [9] Jahrb. III, 1, 5, 1911, Warneyer, Bd. 1, 5, 1911, Rechtsprechung 2 RG, Gutachten, 2, 114, Bem. 2, RG 4, 4.

nur dann in Betracht kommen, wenn sich aus dem Gesetz selbst und aus dem Wesen der Heilung unmittelbar nichts herleiten läßt.

Auffallend ist das völlige Schweigen des § 313 über die Rückwirkung der Heilung, während das Gesetz an anderen Stellen, z. B. in den §§ 110, 141 Abs. II, 142, 184 u. a., diesen Punkt ausdrücklich regelt. Oertmann tut diesen Umstand einfach mit dem Bemerken ab, die Frage sei den Verfassern des BGB eben nur in den genannten Paragraphen zum Bewußtsein gekommen [58]. Bei der großen praktischen Bedeutung, welche die Frage der Rückwirkung gerade im Falle des § 313 hat, wäre eine solche Vergeßlichkeit jedoch unbegreiflich. Sehr erklärlich, geradezu notwendig ist dagegen das Schweigen des Gesetzes, wenn man sich vor Augen hält, daß es sich um eine Bestätigung handelt, deren Rückwirkung das Gesetz bereits im § 141 ausdrücklich geregelt bzw. verworfen hat [59].

Legt man die Konstruktion der Heilung als Bestätigung zugrunde, so bleibt für eine eigentliche dingliche Rückwirkung kein Raum. Bestätigung ist Neuerrichtung, genau genommen sogar erstmalige Errichtung. Daß die Wirkungen eines Rechtsgeschäftes erst mit seiner Errichtung eintreten, ist selbstverständlich. Von einer Rückwirkung kann dabei keine Rede sein. Die Motive heben dies besonders hervor: „Eine in die Vergangenheit zurückreichende, sachliche Wirkung äußert die Bestätigung nicht" [60]. Natürlich können die Parteien vereinbaren, einander so zu behandeln, als wenn der Vertrag bereits zu einem früheren Zeitpunkte zustande gekommen wäre. Das Gesetz geht sogar davon aus, daß die Parteien, wenn sie den Willen äußern, den nichtigen Vertrag zu „bestätigen", in der Regel denselben wirtschaftlichen Erfolg herbeiführen wollen, als wenn der nichtige Vertrag gültig gewesen wäre. Daher bestimmt es im § 141 Abs. II:

> „Wird ein nichtiger Vertrag von den Parteien bestätigt, so sind diese im Zweifel verpflichtet, einander zu gewähren, was sie haben würden, wenn der Vertrag von Anfang an gültig gewesen wäre."

Durch die Worte „im Zweifel" ist zum Ausdruck gebracht, daß diese Vorschrift nur „eine Interpretationsregel" [61] darstellt, die entgegenstehendem erkennbarem Parteiwillen weichen muß.

---

[58] Oertmann, Seuff. Blätt., Bd. 75, S. 543.

[59] Der Umstand, daß nur bei der Konstruktion der Heilung als Bestätigung die Frage der Rückwirkung sich ausdrücklich im Gesetz geregelt findet, bildet ein weiteres Argument für die Richtigkeit dieser Konstruktion.

[60] Motive, Bd. I, S. 218. [61] Protokolle, Bd. I, S. 126.

Diese Bestimmungen des § 141 sind auf die „Heilung", die ja nur einen Sonderfall der Bestätigung bildet, unverändert anzuwenden [62]. Enneccerus und Staudinger, die, obgleich Anhänger der Bestätigungstheorie, sich für die Rückwirkung der Heilung aussprechen, sind schwerlich konsequent, zumal beide an einschlägiger Stelle [63] zutreffend feststellen, daß die Bestätigung keine eigentliche Rückwirkung bewirkt, sondern nur eine sogenannte obligatorische Rückwirkung zwischen den Parteien.

Bei Anwendung des § 141 Abs. II kommt man indessen in sehr vielen Fällen praktisch zu demselben Ergebnis wie die Fürsprecher einer Rückwirkung, so z. B. hinsichtlich des Anspruches des Erwerbers auf das Zubehör. Nach § 314 erstreckt sich der Veräußerungsvertrag im Zweifel auch auf das Zubehör, und zwar auf das zur Zeit des Vertragsabschlusses vorhandene Zubehör [64]. Der Grundstücksveräußerungsvertrag wird zwar erst durch die Übereignung des Grundstückes abgeschlossen, aber nach der Regel des § 141 Abs. II ist im Zweifel für die Verpflichtung des Veräußerers maßgebend, was zur Zeit des formlosen Vertragsabschlusses an Zubehör vorhanden war. Ebenso gebühren nach § 141 Abs. II dem Erwerber, dem schon vor Auflassung und Eintragung das Grundstück übergeben wurde, im Zweifel die Nutzungen, die ihm im Falle der Gültigkeit des formlosen Vertrages nach § 446 Satz 2 zustehen würden. Desgleichen hat er im Zweifel von der Übergabe ab die Lasten des Grundstückes zu tragen (§ 446 Satz 2) und den Kaufpreis zu verzinsen (§ 452).

Einige Schwierigkeit bereitet in einem solchen Falle die Frage der Gefahrtragung. Die Gefahr geht auf den Käufer über mit der Übergabe der verkauften Sache. Voraussetzung für den Gefahrübergang ist also ein gültiger Kaufvertrag. Deshalb kommt § 446 nicht zur Anwendung, wenn auf Grund eines formlosen Vertrages, aber vor Auflassung und Eintragung das Grundstück dem Käufer übergeben wird. Da der Heilung keine rückwirkende Kraft innewohnt, gilt auch nach erfolgter Auflassung und Eintragung das Grundstück für den damaligen Zeitpunkt nicht als verkauft. Die Gefahr bleibt also beim Veräußerer. Mit Recht erblickt Oertmann hierin eine Unbilligkeit, denn „alle Gründe, welche rechtspolitisch den Gefahrübergang an den tatsächlich übergebenen Sachen rechtfertigen, treffen auch in unserem Falle zu: Der Käufer

[62] Vgl. die grundlegende und schon öfters zitierte Entscheidung RG Z 75, S. 115.

[63] Enneccerus I, 1, § 189, Ziff. I, 3; Staudinger I zu § 141, Anm. 6.

[64] Oertmann, Bem. 4 zu § 314.

hat die tatsächliche Verfügungs- und Verwahrungsmacht über die Sache, kann für sie sorgen und über sie wachen, während dem Verkäufer deriei Vorsorge unmöglich gemacht ist" [65]. Aber es bedarf eines solchen Zurückgreifens auf allgemeine Erwägungen gar nicht, denn auch § 141 Abs. II führt zu einem billigen Ergebnis. Allerdings kann nach völligem Untergang des Grundstücks eine Bestätigung nicht mehr erfolgen. Sie wäre als Neuvornahme des Veräußerungsvertrages auf eine unmögliche Leistung gerichtet und deshalb nach § 306 nichtig. Im Falle einer zufälligen Verschlechterung aber wird dasselbe Ergebnis erreicht. Wäre der Vertrag von Anfang an gültig gewesen, dann hätte der Veräußerer trotz der Verschlechterung des Grundstückes einen Anspruch auf das volle Entgelt, also hat er ihn im Zweifel auch jetzt.

Diese sogenannte obligatorische Rückwirkung des § 141 Abs. II kann naturgemäß nur in solchen Fällen Platz greifen, wo es sich um rein interne Angelegenheiten der Parteien handelt. Sie ist eben keine eigentliche Rückwirkung, sondern nur „mutmaßlicher Parteiwille" [66]. So ist z. B. für den Fall der Gläubigeranfechtung im Konkurse (nach §§ 30 ff. KO) der Tag der Auflassung und Eintragung der maßgebliche Zeitpunkt für die Entstehung des anzufechtenden Grundstücksvertrages. Weiter bleibt beispielsweise eine vor der Heilung erfolgte Pfändung der Forderung auf den Kaufpreis für alle Zeiten nichtig, da eine Forderung nicht bestand.

In engstem Zusammenhang mit der Frage nach der Rückwirkung steht die Frage nach dem Zeitpunkt, in dem die Verjährung der Gewährleistungsansprüche (§ 477 BGB) beginnt. Diese Frage verlangt aber eine besondere Betrachtung, denn auch, wenn man im übrigen die Rückwirkung anerkennen würde, müßte man doch die Zurückverlegung des Verjährungsbeginnes ablehnen. Für Beginn der Verjährungsfrist ex tunc spricht sich vor allem Schollmeyer [67] aus, dem sich Oertmann [68] anschließt. Daß nach der Bestätigungstheorie die Verjährung erst mit der Vollendung der Neuvornahme, also erst mit der Vollendung der Eigentumsübertragung beginnen kann, ist selbstverständlich [69] und braucht nicht weiter ausgeführt zu werden.

Aber auch ohne Zugrundelegung dieser Konstruktion muß man zu demselben Ergebnis kommen. Die Grundsätze, die hierbei maßgebend sind, hat das Reichsgericht in einer Entscheidung vom

[65] In Seuff. Blätt., Bd. 75, S. 545.
[66] Holdmann-Lilienthal, Bd. I zu § 141.
[67] Schollmeyer, Bd. II zu § 313, Nr. 3.
[68] In Seuff. Blätt., Bd. 75, S. 546. [69] So RG E Bd. 75, S. 115.

28. Februar 1907 [70] mit vorzüglicher Klarheit zum Ausdruck gebracht. Dem Reichsgericht lag der Sachverhalt vor, daß ein Grundstück ohne die erforderliche vormundschaftsgerichtliche Genehmigung verkauft und vor Erteilung dieser Genehmigung übergeben worden war. Obgleich die Genehmigung zweifellos rückwirkende Kraft hat, entschied das Reichsgericht, daß die Verjährung der Gewährleistungsansprüche erst mit dem Tage der Genehmigung zu laufen begonnen habe. „Die Verjährung eines Anspruches erfordert, daß der Anspruch entstanden ist, also geltend gemacht werden konnte und nur während der bestimmten Frist nicht geltend gemacht worden ist" [71]. Vor Erteilung der Genehmigung konnte der Anspruch nicht geltend gemacht werden. Diese Tatsache kann durch die rückwirkende Kraft der Genehmigung nicht umgestoßen werden. Das hieße „tatsächliche Unmöglichkeiten überwinden, die Zeitrechnung umstoßen" [72]. Die Ausführungen des Reichsgerichts sind in jeder Hinsicht zu billigen und lassen sich ohne weiteres auf unseren Fall anwenden. Die Ansprüche aus dem Veräußerungsvertrage können faktisch erst im Augenblicke seiner Heilung geltend gemacht werden, also kann auch nunmehr erst ihre Verjährung beginnen.

II. Die Fragen des Widerrufsrechtes und der Beweislast.

Da der Veräußerungsvertrag erst durch die Eigentumsübertragung abgeschlossen wird, kommt es nicht darauf an, was die Parteien bei einer früheren formlosen Verabredung gewollt haben, sondern nur darauf, was sie im Zeitpunkte des Eigentumsüberganges übereinstimmend wollen. Da der formlose Vertrag nichtig ist, sind die Parteien an ihn in keiner Weise gebunden. Jede Partei kann einseitig den Vertrag im ganzen, oder in einzelnen Punkten widerrufen [73]. Insoweit Willensübereinstimmung nicht mehr besteht, tritt eine Heilung nicht ein. In der Praxis ist der Fall besonders häufig, daß neben einem beurkundeten Vertrage der Veräußerer formlos eine bestimmte Eigenschaft des Grundstückes zusichert. Diese mündliche Zusicherung wird von der Heilung nicht erfaßt, wenn feststeht, daß der Veräußerer sie bei der Übereignung des Grundstückes nicht mehr wollte.

[70] RG E Bd. 65, S. 245.

[71] RG E Bd. 65, S. 248. [72] RG E Bd. 65, S. 248.

[73] Strenggenommen kann, da der formlose Vertrag nichtig ist, von einem „Widerruf" keine Rede sein. Wir passen uns — mit diesem Vorbehalt — dem üblichen Sprachgebrauch an.

Diesen Standpunkt vertritt auch das Reichsgericht[74] in logischer Fortführung des Gedankens, daß die „Heilung" als Bestätigung aufzufassen ist. Auch die Schriftsteller, die die Heilung anders konstruieren, übernehmen in der Mehrzahl kritiklos die Ansicht des Reichsgerichtes[75] und übersehen, daß diese nur eine Folgerung aus der Bestätigungstheorie bildet. Gegen die Rechtsprechung des Reichsgerichtes wenden sich Dernburg[76], Leonhard[77], Oertmann[78] und einige wenige andere[79]. Es sind dies vor allem die Autoren, die die Nichtigkeit des formlosen Veräußerungsvertrages leugnen, eine Ansicht, die wir bereits widerlegt haben.

In einem wichtigen Punkte müssen auch wir dem Reichsgericht widersprechen. Das Reichtsgericht fordert Willensübereinstimmung nur bis zum Zeitpunkte der Auflassung, nicht auch bis zu dem der Eintragung[80]. Wenn es sich auch bei der Eintragung „lediglich um die Vollziehung der Auflassung und um eine Tätigkeit, die dem Grundbuchrichter kraft seines Amtes obliegt"[81], handelt, so bleibt doch die Tatsache bestehen, daß der formlose Vertrag erst dann „gültig wird", wenn die Auflassung und die Eintragung in das Grundbuch erfolgen. Erblickt man einmal in der Eigentumsübertragung eine Bestätigung, dann muß man folgerichtig auch Willensübereinstimmung bis zu dem Augenblick verlangen, in dem das Eigentum übergeht, d. h. bis zu dem Augenblick der Eintragung in das Grundbuch. Darum kann bis zur Eintragung, auch nach erfolgter Auflassung jede Partei sich noch zurückziehen, einfach indem sie erklärt, das obligatorische Geschäft nicht mehr zu wollen. Damit ist die Willensübereinstimmung bezüglich des Verpflichtungsgeschäftes vor dessen Entstehung weggefallen, sein „Gültigwerden" infolgedessen ausgeschlossen. Die Auflassung als solche, als dinglicher Vertrag wird dadurch nicht berührt. Daß die Parteien gemäß § 873 an ihre Auflassungserklärungen gebunden sind, schließt nur den Widerruf nach der dinglichen, nicht

---

[74] RG E Bd. 52, S. 1; 56, S. 47; 65, S. 390. Vgl. auch die unter Anm. 36 S. 29 zitierten Entscheidungen, besonders ausführlich sind Gruchot, Bd. 51, S. 930 und Bd. 57, S. 947.

[75] Oberneck, Bd. I, S. 389; Turnau-Förster I, S. 349; Fischer-Henle zu § 313, Ziff. 5; Bett, S. 89; Gutbrod, S. 119 u. a.

[76] Bürg. Recht II, § 184 III.

[77] In Eck-Leonhard, Vorträge, Bd. I, S. 448, Anm. 2.

[78] In Zentralbl. f. freiw. Ger. 1916, S. 592.

[79] Zu erwähnen sind noch Schreiber, Schuld und Haftung, S. 55, und Staub, S. 28.

[80] So RG in Gruchot, Bd. 51, S. 930 und 948; RG E Bd. 111, S. 100.

[81] RG in Gruchot, Bd. 57, S. 948.

aber nach der obligatorischen Seite aus. Denn die dinglichen und obligatorischen Erklärungen erfolgen zwar in einem Akte, insofern als durch die dinglichen Erklärungen zugleich der auf Bestätigung des Verpflichtungsgeschäfts gerichtete Wille zum Ausdruck gebracht wird, aber begrifflich sind sie auseinanderzuhalten. Mögen auch die dinglichen Erklärungen bereits unwiderruflich sein, so bleiben doch die durch sie geäußerten obligatorischen Erklärungen so lange frei widerruflich, bis auch der obligatorische Vertrag und damit auch die obligatorische Bindung zustandegekommen ist, d. h. bis zur Eintragung [82].

Vollkommen zutreffend ist dagegen wieder die Ansicht des Reichsgerichtes über die Beweislast [83]. Wer sich auf eine formlose Nebenabrede beruft, trägt die Beweislast dafür, daß bezüglich dieser Abrede im Zeitpunkte der Heilung noch Willensübereinstimmung bestand. Nach der allgemeinen Regel über die Beweislast hat, wer einen Anspruch geltend macht, die rechtserzeugenden Tatsachen zu beweisen. In den Kreis dieser konstitutiven Tatsachen gehört, wenn man in der Heilung eine Bestätigung, also einen Vertrag erblickt, in erster Linie die Willensübereinstimmung. Die erwähnte Verteilung der Beweislast durch das Reichsgericht stellt also eine folgerichtige Fortführung der Bestätigungstheorie dar.

[82] Will der Veräußerer in einem solchen Falle den Eigentumsübergang auf den Erwerber verhindern, so muß er die Auflassung kondizieren, d. h. auf Rückgängigmachung der dinglichen Einigung klagen. § 814 BGB würde dieser Kondiktion nicht entgegenstehen, denn es würde sich hier nicht um die condictio in debiti, sondern um die condictio causa data causa non secuta handeln (vgl. RG Bd. 98, S. 237 ff.).

[83] So in Warn. Rspr. 1909, Nr. 350. Ebenso Staudinger zu § 313, Erl. 6; RGR-Komm. zu § 313, Ziff. 6; Ebbecke im Recht 1911, S. 644 u. a.

Lebenslauf.

Ich, Albert Kramer, wurde geboren am 21. März 1903 zu Velbert als Sohn des Tierarztes Albert Kramer und seiner Ehefrau Katharina geb. Schwarte. Ich bin katholischer Konfession und preußischer Staatsangehöriger. Nach dreijährigem Besuch der Volksschule absolvierte ich das Paulinische Gymnasium zu Münster i. W. und erlangte das Reifezeugnis am 10. Februar 1921. Ich studierte dann im S.-Semester 21 katholische Theologie an der Universität Münster. Seit dem W.-Semester 21 studierte ich Rechtswissenschaft, und zwar im W.-Semester 21 in Münster, im S.-Semester 22 in Bonn und seit dem W.-Semester 22 fünf Semester lang in Münster. Am 17. März 26 bestand ich bei dem Oberlandesgericht Hamm das erste juristische Staatsexamen und bin seit April 26 als Gerichtsreferendar im Vorbereitungsdienst beschäftigt. Die mündliche Doktorprüfung bestand ich am 24. November 1927.

Albert Kramer.